

A LEGITIMAÇÃO IDEOLÓGICA DA REPRESSÃO ESTATAL

( OU DE COMO O CASTIGO PRODUZ NORMALIZAÇÃO )

PARA GARIBALDI, TERESA E MONIQUE

SEM QUEM NÃO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

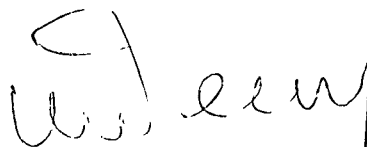
A LEGITIMAÇÃO IDEOLÓGICA DA REPRESSÃO ESTATAL  
( OU DE COMO O CASTIGO PRODUZ NORMALIZAÇÃO )

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA À UFSC, PARA A OBTENÇÃO  
DO TÍTULO DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS  
ESPECIALIDADE DIREITO

GISELE GUIMARÃES CITTADINO

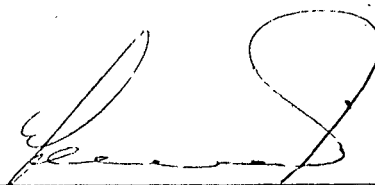
FEVEREIRO DE 1982

ESTA DISSERTAÇÃO FOI JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO  
TÍTULO DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS-ESPECIALIDADE DIREI  
TO E APROVADA EM SUA FORMA FINAL PELO PROGRAMA DE PÓS-  
GRADUAÇÃO.



LUIS ALBERTO WARAT

Orientador



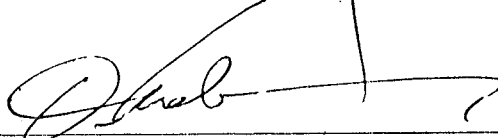
PAULO HENRIQUE BLASI

Coordenador do Curso

APRESENTADA PERANTE A BANCA EXAMINADORA COMPOSTA DOS  
PROFESSORES:



LUIS ALBERTO WARAT



OSVALDO FERREIRA DE MELO



TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

## S U M Á R I O

CAPÍTULO I	-	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES DE ORDEM METODOLÓGICA .....	1
CAPÍTULO II	-	A REPRESENTAÇÃO SIMBÓLICA DO CASTIGO .....	9
		1. A ESCOLA CLÁSSICA .....	11
		2. A ESCOLA POSITIVA .....	22
		3. OUTRAS CORRENTES .....	29
CAPÍTULO III	-	A REPRESSÃO COMO ESTRATÉGIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO .....	37
		1. NOVAS ESTRATÉGIAS REPRESSIVAS .....	39
		2. A REPRESSÃO COMO ORTOPEDIA SOCIAL .....	42
		3. A REPRESSÃO COMO FASCISMO DISCURSIVO .....	49
CAPÍTULO IV	-	O TERRITÓRIO DO CASTIGO: A PRISÃO OU O CORPO SOCIAL? .....	53
		1. A REPRESSÃO DAS VIRTUALIDADES .....	55
		2. O DELINQUENTE: SUJEITO DE DIREITO OU OBJETO SOCIAL? .....	59
		3. A DESTERRITORIALIZAÇÃO DA PRISÃO .....	62
		CONCLUSÃO .....	78
		BIBLIOGRAFIA .....	82

## R E S U M O

Pretende-se, com este trabalho, efetuar uma crítica às concepções jurídicas sobre o castigo. Nesse sentido, examina-se a doutrina penal dominante e suas relações históricas com as ideologias hegemônicas na sociedade.

Inicialmente, são analisadas as escolas penais ( clássica, positiva e ecléticas ), demonstrando-se os seus comprometimentos genético-políticos. A escola clássica é vista como uma teorização co-constitutiva de garantias jurídicas para a ascensão da burguesia; por sua vez, a escola positiva e as ecléticas são abordadas como mecanismos disciplinares apropriados pelo Estado em suas estratégias de dominação.

Elabora-se, posteriormente, uma crítica às modernas teorizações jurídicas sobre o castigo. Nesta ótica, verifica-se que o sistema carcerário produz e reproduz a delinquência, forma política e econômica mais útil de ilegalidade.

Em suma, desenvolve-se uma crítica ao saber jurídico penal, tido como científico, denunciando os seus componentes político-ideológicos, que impedem uma discussão coerente sobre o problema da criminalidade.

## A B S T R A C T

The present essay tries to bring out a critic toward the theories about law punishment. These studies analyse the dominant penal doctrine and its historical relation to the hegemonic ideology in society.

At the beginning the penal theories (classic, positive and eclectic) are analysed as to prove its political-genetic involvement. The classic theory has been seen as a constitutive theorization of juridical guarantees as to bourgeoisie ascent. On the other hand the positive theory and eclectic are mentioned as a disciplinary mechanism, appropriated by the state in its strategy of domination.

After all, a critic to modern theories of law punishment is worked out in the essay. Following, a confirmation that the prison is very much produced and reproduced for delinquency, which is a more useful way of politics and economic illegality.

In short, the essay brings with its context a critics to penal doctrine's, which has been seen as a scientific theory. The essay also tries to point the politics and ideological penal doctrine's components, which block a coherent discussion about the criminal problem.

## C A P Í T U L O    I

### A L G U M A S    C O N S I D E R A Ç Õ E S    D E O R D E M                    M E T O D O L Ó G I C A

A epistemologia crítica das ciências sociais libertou-se, de uma forma radical, dos pressupostos científicos do positivismo-cartesiano. As teorias científicas cuja sustentação metodológica alicerçava-se na objetividade, neutralidade e consequente exterioridade às relações sociais, estão sendo abandonadas por diversas áreas do conhecimento, por serem insuficientes para a explicitação de seus conteúdos político-ideológicos. Desta forma, torna-se absolutamente essencial a consideração das condições políticas, econômicas e sociais, que desempenham um papel verdadeiramente intrínseco na constituição de qualquer saber. Neste sentido, não existe uma passagem linear de uma percepção social para um conhecimento científico. A questão da cientificidade, na ótica positivista, deve ser abandonada, como também deve desaparecer qualquer traço de uma história do progresso da razão.

A epistemologia crítica procura analisar a ciência em um contexto determinado, elucidando o seu compromisso social e sua forçosa dimensão política. Reivindica, assim, o aspecto social, político e ideológico da produção do conhecimento, propondo um deslocamento com relação aos valores epistemológicos que, no âmbito positivista, presidem a produção das atividades consideradas científicas.



A epistemologia crítica pode ser entendida - principalmente a partir das análises de Bachelard e Foucault(1) - como um processo permanente de crítica à ciência, que, por sua vez, se encontra em constante elaboração, pois existem apenas verdades aproximadas sobre a realidade. Assim, só é possível a elaboração de críticas sobre o real com a efetivação de análises sobre as teorias que pretendem explicá-lo. Estas teorias são produzidas historicamente e são determinadas pelas lutas e rupturas que constituem as formações sociais, em períodos determinados. Percebe-se, desta maneira, que toda teoria possui, em seu processo genético-constitutivo, um forte e impregnado componente ideológico, gerado pelas relações de poder existentes na sociedade.

A ideologia é um elemento imbricado e co-constituente da produção teórica. Por outro lado, a ideologia possui, além de suas características de ocultação/inversão, uma materialidade positiva que cumpre funções determinantes ao nível dos discursos. Neste sentido, toda teoria possui uma especificidade que, apesar de contaminado pela ideologia, requer uma análise voltada aos seus aspectos internos, pois apenas assim é possível a elaboração de uma crítica epistemológica. Ou seja, a epistemologia crítica, além de denunciar os aspectos político-ideológicos da ciência, deve analisar internamente as suas estratégias teóricas. Nessa ótica, é insuficiente a simples denúncia dos aspectos ideológicos da ciência, como faz, por exemplo, o marxismo clássico; torna-se necessário avançar mais e procurar desarticular as suas manifestações analítico-constituintes.

A partir das contribuições teóricas da epistemologia crítica, cuja análise mais profunda foge aos objetivos deste trabalho, postulo a inserção em uma teoria crítica do direito, voltada à investigação das especificidades internas das teorias. E, nesta perspectiva de perpétuo deslocamento problemático, ressalto que qualquer produção teórica é, desde a sua constituição, político-ideológica.

Nesta ordem de idéias, entendo, juntamente com Michel Foucault, que o importante, a partir da visão de descontinuidade histórica, é a análise dos processos históricos de constituição da ciência, através de uma genealogia que procura empreender a insurreição dos saberes contra os efeitos centralizadores que estão ligados à instituição e ao funcionamento do discurso científico no interior da sociedade capitalista. Assim, tão ingênuo é postular a autonomia da ciência, quanto a necessidade de formulação de uma análise interdisciplinar, que incorra na ilusão de abandonar a especificidade dos saberes, a partir de uma idéia de totalidade que despreza os seus processos constitutivos internos.

Neste trabalho, procuro, fundamentalmente, analisar os momentos históricos da constituição das teorias jurídicas dominantes sobre a sanção penal. Ou seja, preocupa-me efetuar uma abordagem que desarticule a epistemologia jurídica, de cunho positivista, que entende as "evoluções" da doutrina jurídica penal como naturais e decorrentes da razão jurídica. Pretendo, assim, demonstrar os componentes político-ideológicos destas teorias e a forma como elas foram apropriadas pelo Estado capitalista, através de suas técnicas disciplinares de poder e da utilização do chamado modelo de legalidade como uma de suas formas de legitimação.

O direito, neste contexto, é visto como um saber constituído historicamente por componentes político-ideológicos, que determinam o elevado grau de contraditoriedade de seu discurso, que, por sua vez, é resultado das relações de força existentes na sociedade. Ou seja, o direito não é um simples reflexo da ideologia dominante. Com efeito, ele é co constituído pelas relações sociais de poder e, nesse sentido, pode possuir elementos antagônicos ao próprio programa político do Estado. Assim, torna-se impossível analisar o direito independentemente das relações sociais de dominação. Tais relações apresentam-se, como afirma Foucault, difundidas por todo o corpo social, mas possuem como ponto articulada dor a figura do Estado. O Estado, por sua vez, é uma relação de dominação, materializada pelas instituições que o constituem. E o direito não pode ser analisado independentemente das implicações que possui com o Estado. Neste trabalho, sempre que me referir à doutrina jurídica dominante(2) (determinada e apropriada pela ideologia hegemônica do Estado), implicitamente estarei levando em consideração esta relação. Esta observação é importante na medida que adoto a marco foucaultiano, aliado a uma concepção que vê o direito como uma materialidade co-constituída pela Estado.

O Estado, como relação de dominação, utiliza-se, simultaneamente, da repressão - como violência física organizada - e de uma ideologia materializada naquilo que Foucault denomina normalização. Este trabalho, mesmo ciente da importância dos aspectos verdadeiramente coativos da repressão para o entendimento das funções do Estado, aborda apenas os aspectos disciplinares da dogmática penal, enfatizando as suas técnicas panoptizadoras.

Por outro lado, procuro analisar as teorias jurí

dicas dominantes sobre o castigo tal como foram apropriadas pela dogmática penal, não interessando aqui as contra-ideologias que elas geraram historicamente ou as suas formulações originais. O que importa, fundamentalmente, é a crítica voltada à desarticulação da ideologia jurídica hegemônica sobre o castigo. Assim, procuro analisar as teorias penais a partir da forma tangencial como foram abordadas pela doutrina dominante. Ou seja, não me interessa suprir as deficiências da doutrina penal com referência ao pouco desenvolvimento dado às teorias sobre o castigo; importa, na verdade, examinar as insuficiências epistemológicas deste saber recorrido e apropriado pelos juristas em suas práticas legitimadoras. Com efeito, a interpretação reducionista e aparentemente superficial realizada pelos juristas cumpre uma função positiva, que não seria detectada satisfatoriamente se analisássemos diretamente as fontes de seu pensamento. Em suma, o poder do discurso jurídico se encontra em suas apropriações discursivas.

Este trabalho orienta-se em duas direções convergentes: inicialmente, procura analisar historicamente os condicionamentos político-ideológicos das teorias dominantes sobre o castigo, para, em seguida, verificar a forma como elas foram acriticamente adotadas pela dogmática penal, em virtude de um idealismo defensor da universalidade das chamadas "verdades" científicas.

Nesta perspectiva, escolho, como ponto de partida, o saber doutrinário produzido no modelo de legalidade, isto é, o discurso da dogmática penal elaborado a partir das formas de controle político e social impostas pelo Estado capitalista. Desde logo, deve-se ressaltar que este saber

doutrinário, produzido no modelo de legalidade, é contemporâneo do que poderíamos chamar nascimento do capitalismo ou transformação e aceleração da instalação do capitalismo. E, neste momento, algumas observações se tornam fundamentais.

Em primeiro lugar, com o surgimento do capitalismo, o poder, no ocidente, é o que mais se mostra e, portanto, o que melhor se esconde. E isto ocorre porque a partir do século XIX, saber e poder se implicam mutuamente: toda relação de poder corresponde a um campo de saber. Esta correlação entre saber e poder vai se traduzir em um grande esforço de normalização, através de uma prática discursiva intensa. Com efeito, são desta época as grandes teorizações sobre a delinquência, a medicina, a psiquiatria, a sexualidade etc. Ou seja, os efeitos repressivos do poder não se encontram apenas no fato de fazer calar, mas também, e principalmente, em obrigar a fazer e a dizer.

Daí, surge a categoria de fascismo discursivo, adotada neste trabalho, que se traduz em dois aspectos: o primeiro, que obriga a fazer e a dizer; o segundo, que procura atingir os mecanismos produtivos e desejantes do indivíduo.

Nesta perspectiva, creio que aí se encontra o objetivo primordial deste trabalho: a análise das práticas discursivas sobre o castigo, no ocidente. Na verdade, a materialidade da delinquência ocorreu, ocorre e ocorrerá em qualquer formação social, mas os efeitos de normalização produzidos pelo discurso ortopédico-disciplinador, no ocidente, apesar de ter influído em outras formações sociais, foram gerados historicamente a partir da consolidação do capitalismo.

Neste sentido, entendo as teorias sobre o castigo como concepções determinadas historicamente por relações de força, apresentando uma característica de ocultação/inversão, alia

da a uma materialidade determinada, ou seja, objetivos normalizadores que exercem funções de legitimação. Por outro lado, deve-se ressaltar que estas relações de força não proporcionam, de forma mecânica, as funções de legitimação desejadas. Ao contrário, tais relações caracterizam-se por um elevado grau de contraditoriedade, que gera reivindicações políticas materiais nas formações sociais. Entretanto, o objetivo deste trabalho circunscreve-se aos aspectos de legitimação/dominação exercidos pela doutrina jurídica e apropriados pelo Estado.

## N O T A S

- (1). Nesse sentido, ver Gaston Bachelard, "Epistemologia", Org. Dominique Lecourt, Rio de Janeiro, Zahar, 1977; "O Racionalismo Aplicado", Zahar, Rio de Janeiro, 1977. Michel Foucault, "Arqueologia do Saber", Editora Vozes, Petrópolis, 1972; "A Verdade e as Formas Jurídicas", Cadernos da PUC, n. 06/74, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1979; "Microfísica do Poder", Org. Roberto Machado, Editora Graal, Rio de Janeiro, 1979.
- (2). Quando me refiro à doutrina jurídica dominante, estou levando em consideração as obras de Magalhães Noronha, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Roberto Lyra, José Frederico Marques e Heleno Fragoso, entre outros.

## C A P Í T U L O   I I

### A   R E P R E S E N T A Ç Ã O   S I M B Ó L I C A D O            C A S T I G O

O resultado do trabalho teórico dos juristas influi diretamente nas representações que os sujeitos sociais fazem do direito. O direito é um dos mecanismos de controle dos processos produtivos e valorativos na sociedade, a partir de um conjunto articulado de efeitos semiológicos e de força, de representações discursivas e repressivas. Esta dupla representação, ao contrário do que acreditam os juristas, não surge exclusivamente dos textos legais. Um conjunto de semiologizações determina tais efeitos. Por outro lado, compartilho da opinião dos que consideram o saber jurídico como o ponto de articulação de todo esse conjunto de representações.

Nesta ordem de idéias, limitar-me-ei, neste capítulo, à instância discursiva da cultura jurídica, tentando compreender os seus efeitos sociais. Traçar o perfil da cultura jurídica exige, na verdade, a superação do preconceito por ela construído, no sentido de que se trata de um saber a-histórico, universal e uniformemente presente em todos os seus estágios. Existe, portanto, a necessidade de uma periodização das enunciações discursivas, objeto de minha análise. Escolho, desta maneira, como ponto de partida, o saber doutrinário produzido no modelo de legalidade, isto é, o discurso da dogmática penal elaborado a partir



das formas de controle político e social impostas pelo Estado capitalista.

Trata-se de um perfil que se impôs, com algumas variantes, no pensamento jurídico, a partir da segunda metade do século XVIII, corporificando-se e adquirindo consistência com o advento do modelo napoleônico do direito.

Nesta perspectiva, na formação do Estado burguês e na superação da fase inquisitorial do direito, nasce um sistema de legalidade que significa, para o nosso tempo, uma representação ideológica e política tão importante como foi o sistema de provas para o direito feudal. O sistema de legalidade surge, assim, como um tópico retórico tutelador de um conjunto de práticas repressivas (força e representações discursivas), que se foram sucedendo desde o século XVIII (2). Este conjunto de práticas enfeixadas em um sistema de legalidade, apresentado como homogêneo, recuperou o desenvolvimento histórico da repressão, levando-nos, como afirma Foucault, a atual sociedade disciplinar.

O sistema de legalidade, enunciado por Beccaria e pela Revolução Francesa, articula distintas concepções e práticas de legitimidade, que são, na verdade, formas ideológicas da necessária adaptabilidade discursiva ao desenvolvimento histórico.

De forma geral, podemos afirmar que as estratégias de legitimidade da dogmática jurídica e penal permitem viabilizar uma garantia jurídico-político formal.

Neste capítulo, tentarei apresentar as aparentes diferenças, assim como as identidades latentes das escolas penais, que, segundo a doutrina jurídica, formaram-se em torno dos conceitos de crime e pena. No entanto, neste trabalho, importa-me analisar apenas a sanção penal, como forma de nor

malização. Dentre tais escolas, duas se destacam, por apresentarem posição definida: a escola clássica e a escola positiva. As outras são, em geral, ecléticas, participando, em maior ou menor grau, das duas principais.

Por outro lado, a leitura crítica das escolas penais permitirá assinalar não apenas as insuficiências epistemológicas do pensamento jurídico sobre a pena, mas também as razões históricas da consolidação de um aparelho repressivo do Estado e suas incidências no corpo social.

### 1. A ESCOLA CLÁSSICA

O movimento da escola clássica surge com a obra de César Bonesana, Marquês de Beccaria, "Dei Delitti e Delle Pene" (1764).

A doutrina jurídica informa que " *havia, nesse tempo, razões de ordem prática e de natureza filosófica a inspirar e estimular esse movimento* " (3). Desta forma, entre as razões de ordem prática arroladas, salientam-se a prevalência na defesa do soberano, a desigualdade das classes perante a punição, a desumanidade das penas, o sigilo dos processos, os meios inquisitoriais e as leis lacunosas, imprecisas e imperfeitas. Nesse sentido, Aníbal Bruno ressalta " *a situação de violência, opressão e iniquidade* " alcançada pela justiça penal da Idade Média, que proporcionou à " *consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança, que pusesse termo ao incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo* " (4).

Ao lado dessas exigências de ordem prática, a doutrina jurídica acrescenta razões de natureza filosófica. In

serem-se, nesta perspectiva, o jusnaturalismo de Grotius, com um direito eterno e imutável, resultante da própria natureza do homem e superior às forças históricas, e o contratualismo de Rousseau, segundo o qual a ordem jurídica resulta de um livre acordo de vontades. Tais doutrinas fundamentavam o individualismo, que iria inspirar todo o sistema da escola clássica do direito penal.

A obra de Beccaria fundamenta-se no contrato social, indicando que a principal finalidade da pena consiste em evitar novos delitos por parte do criminoso, ao mesmo tempo que funciona como prevenção geral para os demais cidadãos. Assim, encara a pena como imperativo da salvação pública, acrescentando que apenas as leis podem cominã-la e somente o legislador a pode elaborar (5). Por outro lado, investe contra a obscuridade das leis, impugnando a sua interpretação pelo magistrado. Analisa, ainda, as provas e as formas de julgamento, combatendo as torturas nos interrogatórios, opondo-se à execução capital, ao confisco e às penas infamantes, e pregando a celeridade e a certeza do castigo.

Esta concepção do direito penal de Beccaria está presente na Declaração dos Direitos Humanos da Revolução França e nas duas primeiras codificações desta Revolução. Em todos esses textos, reivindica-se crimes e penas previamente estabelecidos pela legislação penal, como instrumento de defesa da sociedade e de segurança e certeza dos indivíduos (6).

Vários autores afirmam que falta originalidade à obra de Beccaria, já que se circunscreve a uma repetição do trabalho dos enciclopedistas. Deve-se ressaltar, entretanto, que a doutrina jurídica encontra a razão do sucesso dessa obra no momento histórico no qual ela surgiu, afirmando que

" era o livro que a sociedade esperava " (7).

A chamada escola clássica - nome dado pelos positivistas em sentido pejorativo - agrupa, a partir de Beccaria , todas as análises doutrinárias penais dos juristas anteriores à escola positiva.

As idéias fundamentais do Iluminismo - inseridas no livro de Beccaria - encontram-se presentes nas obras de vários autores, em fins do século XVIII e princípio do século XIX: " a pena como meio de defesa social, fundada na utilidade e o crime como ofensa a direitos naturais ou civis " (8).

Na Itália, os principais juristas dessa fase são Filangieri, autor de "Scienza Della Legislazione" ( 1780 ), Romagnosi, autor de "Genesi del Diritto Penale" (1791) e Carmignani, autor de "Elementa Juris Criminalis" (1833).

Filangieri, como jusnaturalista, reconhece a existência de um direito divino (absoluto, eterno e imóvel), mas, entretanto, vê o pacto social como a origem e o fundamento do direito de punir. Desta forma, a segurança que o contrato social estabelece deve ser garantida pelo direito penal. Por outro lado, a pena constitui-se em instrumento de prevenção de novos delitos, não devendo ser analisada como forma de vingança ou expiação.

Romagnosi prende-se também ao direito natural independente de convenções humanas, e combate o contratualismo, pois nega que os homens se tenham reunido em sociedade por um pacto (9). A obra de Romagnosi tem caráter utilitário, vendo o direito penal como um direito de defesa contra a permanente ameaça do crime. Estabelece, assim, como fim exclusivo da pena, a defesa da sociedade contra o crime; não a vê como forma de vingança ou expiação, devendo apenas incutir temor no crimino

so para que não volte a delinquir. Desta forma, segundo Romagnosi, a ocasião de exercício do direito punitivo é o fato delituoso praticado, mas a sua finalidade encontra-se na necessidade social de evitar novos crimes. Nesse sentido, afirma que *" se depois do primeiro crime se tivesse a certeza moral de que não viria a ocorrer nenhum outro, a sociedade não teria o direito de puni-lo "* (10). Por outro lado, a pena deve ser proporcional ao impulso delituoso e não à gravidade do crime ou do dano causado, sendo, entretanto, empregada em último caso, após a utilização de medidas preventivas. *" O magistério penal "*, afirma, *" é uma dinâmica moral preventiva, e não uma dinâmica física repressiva "* (11).

Carmignani defende a distinção entre moral e direito e entre direito natural e direito político. Neste sentido, afirma: *" Desde que o objeto da política é a felicidade pública ( o que se chama um bem político ), e desde que os meios correspondentes a esse fim consistem em grande parte na restrição da liberdade natural ( o que é um mal natural ), segue-se daí que a política deve prescrever não o que seja absolutamente justo, mas o que convenha estritamente à sociedade "* (12). Segundo Carmignani, as penas constituem meros obstáculos políticos à prática de crimes, nada tendo em comum com as sanções naturais ou morais. Desta forma, a finalidade da pena é a prevenção, uma vez que funciona como forma de defesa em relação a um futuro delito. Por outro lado, a pena não tem função de retribuição e o direito de punir fundamenta-se na índole dos sentimentos humanos e na segurança do agregado político.

Na Alemanha, surge Feuerbach, autor do *" Tratado de Direito Penal "* (1801). Vários autores o indicam como

o fundador da moderna ciência do direito penal. A doutrina jurídica, ao analisar a pena em Feuerbach, afirma que ela cumpre uma função de " *coação psicológica, sendo medida preventiva e não retributiva* " (13). Desta forma, a finalidade da pena é a ameaça legal; a intimidação da coletividade constitui-se na essência da sua obra. Ressalta, ainda, a doutrina jurídica que, em Feuerbach, " *o fundamento jurídico dessa ameaça é a necessidade de segurança do direito* " (14), uma vez que, através dele, o Estado cumpre a função de manter a convivência social. No entanto, apesar da função preventiva atribuída à pena, Feuerbach afirma que a ameaça legal deve ser efetivada caso o delito seja praticado. Por outro lado, apesar de ter-se filiado a Kant no início de sua elaboração teórica, afasta-se dele posteriormente, quando nega a liberdade de querer e justifica o seu sistema não no livre arbítrio, mas em uma posição determinista. Deve-se a Feuerbach a elaboração da fórmula " *Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege* ", com a qual admitia o princípio da absoluta legalidade dos crimes e das penas.

Na mesma postura teórica de Feuerbach, a doutrina jurídica ressalta o nome de Jeremias Bentham, autor de " *Teoria das Penas e das Recompensas* " (1827). Segundo Bentham, a finalidade primordial da pena consiste na prevenção geral, justificando-se pela sua utilidade. Recomenda, em especial, a pena de prisão, criticando todos os excessos punitivos. Ressalta, ainda, a prevenção particular, " *que se deve dirigir a três fins: impedir o réu de praticar danos, intimidá-lo e corrigi-lo* " (15). Foi o idealizador do "panopticum", instrumento de controle do preso, que permite completa vigilância e disciplina (16).

O princípio da retribuição (antiga concepção sobre

a pena ) reaparece, nesta época, como forma de reação contra a concepção utilitarista. Nesta perspectiva, a doutrina jurídica informa que " *no sentido de reafirmar o caráter retributivo da sanção penal, como exigência de justiça, se procurava deslocar a fundamentação racional da pena para o plano ético* " (17).

Desta forma, surge Kant e sua teoria sobre a pena como imperativo categórico, exigida pela razão e pela justiça. Ou seja, a pena é a consequência do delito, com o caráter de simples retribuição. Neste sentido, afirma Aníbal Bruno que, em Kant, " *a pena é a negação do crime e deve ser-lhe igual e contrária, de modo a reintegrar a ordem violada* " (18). Verificamos, assim, que a doutrina kantiana opõe-se ao utilitarismo, transferindo ao campo do direito penal o sentido ético do seu sistema.

Hegel, por sua vez, vê na função retributiva da pena um caráter jurídico, ao contrário do caráter ético proposto por Kant. Assim, Hegel concebe a pena como uma necessidade dialética, isto é, " *o crime é a negação do Direito e a pena, que é a negação do crime, é a reafirmação do Direito* " (19). Desta forma, se as duas negações forem iguais, a segunda anulará a primeira.

Reafirmando esta idéia da função retributiva da sanção penal, surge, na França, a obra de Pellegrino Rossi, " *Traité de Droit Pénal* " (1824). Segundo Aníbal Bruno, a obra de Rossi representa a primeira construção sistemática do direito penal, que, por sua vez, é fundamentado na justiça moral. Ou seja, Rossi retoma uma posição já ultrapassada por Beccaria - a identificação do direito e da moral. Desta forma, o crime é visto como a violação de um dever e a pena como a justa retribuição de um mal. Verificamos, assim, a presença

do direito natural como suporte teórico de sua concepção. Deve-se, entretanto, ressaltar que, além da função de retribuição, a pena, em Rossi, limita-se pela utilidade social. Nesta perspectiva, afirma que a pena não é " *um mal infligido unicamente com o fim de fazer uma experiência ou de produzir uma certa impressão sobre os espectadores.... A pena em si mesma não é mais do que a retribuição, feita por um juiz legítimo, com ponderação e medida, de um mal pelo mal* " (20).

A concepção clássica do sistema da legalidade oscila, como vimos, entre concepções onde a pena é vista utilitariamente (Bentham, Feuerbach, Romagnosi, Carmignani), ou como retribuição de caráter moral (Kant, Rossi) ou jurídico (Hegel).

A concepção retributiva de caráter jurídico apela à responsabilidade moral e à vontade livre, mas admite que a pena deve adaptar-se à personalidade do criminoso, e não mais ao que é visto ou pensado como socialmente útil (21).

Esta concepção, simultaneamente retributiva e personalizada, aparece expressa nas grandes reformas das legislações penais européias produzidas entre 1820 e 1860. Neste período, corporaliza-se o sistema de penalidades insinuado por Beccaria, que estabelece a prisão celular como prática privilegiada. Até então, somente a Igreja havia empregado esta estratégia repressiva. Nas aludidas legislações, o enlace da pena com a personalidade começa a se esboçar com a previsão de circunstâncias atenuantes, como um meio de tornar compatível a personificação da pena com o sistema de garantias individuais privilegiado pela escola clássica (22).

Finalmente, no âmbito do viés ora analisado, surge a obra de Francesco Carrara, " Programa do Curso de Direi



to Criminal " (1859), que, segundo Aníbal Bruno, é a expressão definitiva da corrente clássica na Itália. Fundamenta-se Carrara no direito natural, defendendo a existência de uma lei divina, " *da qual deriva a sociedade, a autoridade e o direito desta para proibir e castigar* " (23). Por outro lado, o direito de punir, em abstrato, funda-se na justiça. Entretanto, enquanto ato humano, baseia-se na defesa da sociedade. Posteriormente, segundo a doutrina jurídica, Carrara supera as premissas jusnaturalistas de sua concepção teórica e elabora um sistema lógico-jurídico, a partir da análise do crime como ente jurídico, constituído por forças física e moral: o crime " *é um ente jurídico, porque sua essência deve consistir, necessariamente, na violação de um direito* ". A força física representa o movimento corpóreo e o dano oriundo do delito. A força moral, por sua vez, é constituída pela livre vontade do criminoso. Carrara vê ainda o crime como " *a infração da lei do Estado, promulgada para defender a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso* " (24).

Como podemos verificar, defende Carrara o princípio da reserva legal ( só é crime o que infringe a lei jurídica), atribui à lei a finalidade de proteger os cidadãos e defende o livre arbítrio, pois a violação do direito deve ser resultado de uma vontade livre.

As concepções teóricas elaboradas por Carrara constituem, para a maioria dos autores, o ápice da escola clássica italiana: " *o momento culminante da escola clássica italiana é Carrara, e com ele se encerra o seu período criador* " (25).

A doutrina jurídica dominante ressalta que as concepções teóricas englobadas sob o rótulo de escola clássica não

apresentam homogeneidade ou coerência. Entretanto, a partir dos principais conceitos elaborados na fase jurídica desta escola, vários autores propõem princípios básicos caracterizados deste movimento:

- a) o crime é um ente jurídico, ou seja, violação do direito;
- b) o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, baseada no livre arbítrio, o que proporciona a distinção entre imputáveis e inimputáveis;
- c) a pena é retribuição jurídica ( o mal justo que se opõe ao mal injusto praticado pelo criminoso ), assim como o restabelecimento da ordem jurídica violada;
- d) a utilização do método dedutivo ou lógico-abstrato no estudo do direito penal: " o direito penal é para o classicismo um sistema dogmático, baseado sobre conceitos essencialmente racionalistas " (26).

Sobre a importância da escola clássica, para a cultura jurídica, vale salientar a opinião de Aníbal Bruno: " Seguindo as tendências de sua época, a escola clássica foi romântica e burguesa, como todas as instituições do seu tempo, individualista, humanitária, de fundo ético, além de jurídico, tomando o homem, quando se dignava de olhar para o homem, como um ser acomodável a um padrão comum, o que é uma idéia tipicamente burguesa.... Desses atributos resultou a missão histórica, de humanidade e justiça, que ela desempenhou, em contraposição aos tempos anteriores, de restauração da dignidade do homem em face da tirania do poder político, de integração do Direito Penal na sua autonomia e na sua nobreza " (27).

Convém assinalar, como vimos, que Carrara inicia a fase dogmática do direito penal, vista aqui como a tentativa que mais teve êxito para emprestar à teoria jurídica um efeito

de cientificidade.

Creio, então, ter chegado o momento de discutir os efeitos ideológicos das pretensões epistêmicas da cultura jurídica.

Um dos princípios metodológicos vertebrais da epistemologia jurídicista descansa no conceito de completeza normativa, que, na verdade, não deixa de ser um ideal racional, uma forma metafísica fundante da razão jurídica. Este conceito de completeza conjugabiliza-se ideologicamente com a rejeição de todas as lacunas normativas, tendo uma dupla vigência: constitui um pressuposto de todas as atividades "científicas" dos juristas, como de todas as atividades dos juristas de ofício. Trata-se de um ideal racional que se torna simultaneamente político e ideológico (28).

Nas ciências empíricas e formais, originárias da epistemologia cartesiana, encontramos ideais análogos ao da completeza normativa, todos derivados do princípio da razão suficiente.

É necessário verificar que esta crença na completeza normativa não só é compartilhada de forma mais ou menos pacífica pela intelectualidade jurídica e pelos advogados de ofício, como também encontra-se inserida em muitas legislações positivas. Examinando as legislações vigentes, comprova-se que as exigências impostas aos juízes (neutralidade, cuidadosa aplicação dos textos legais), levam a pensar que a completeza da ordem normativa não só é vista como um ideal racional, mas também como um fato normativo a ser cumprido.

Neste sentido, este ideal de completeza se encontra intimamente ligado à necessidade de fundamentar racionalmente o conhecimento do direito. Ou seja, trata-se de uma re

gra ideal, mediante a qual se estabelece, no plano teórico, as propriedades e características que devem reunir um sistema para ser considerado um "bom" sistema.

Alchourrón e Bulygin, membros do Círculo Analítico de Buenos Aires, acreditam que o traço mais característico da atividade científica é a sua preocupação com a explicação racional. Neste sentido, não conseguem admitir que a razão da ciência, como acentua Marilena Chaui, não deixa de ser uma razão ideológica (29).

Nesta perspectiva, para os autores argentinos, a justificação normativa depende de uma estrutura lógica, que justifique racionalmente suas ações. A partir desta afirmação, verificamos o quão perto estão esses autores dos apetites jurídicos de Carrara. Ora, a busca da racionalidade não deixa de ser um compromisso político, uma forma de tornar fascista os mecanismos de legitimação dos programas repressivos, procurando extinguir toda possibilidade de contestação, a partir da falácia que nos força a identificar o justo com o racional.

Desta forma, a escola clássica consegue deslocar a justificação moral dos sistemas punitivos para o plano da justificação racional, onde a razão é vista como uma forma de moral.

Como veremos posteriormente, este ideal de completude normativa e racionalidade não é algo peculiar apenas ao dogmatismo jurídico emergente da escola clássica. A escola positiva, por outro lado, transportando as exigências de completude das ciências humanas, proporciona explicações para a metafísica da razão, que o dogmatismo penal nos forçou a internalizar.

## 2. A ESCOLA POSITIVA

Em meados do século XIX, surge e se desenvolve a chamada escola positiva.

A doutrina jurídica informa que havia passado o tempo do absolutismo do poder público, do arbítrio e dos excessos punitivos : " *os regimes modernos asseguravam nas suas leis as necessárias garantias aos direitos humanos, e o que se apresentava como problema ao Direito punitivo, na segunda metade do século passado, era a luta eficiente contra a criminalidade* " (30).

Por outro lado, a filosofia e as ciências impregnaram-se com o positivismo de Augusto Comte e o evolucio nismo de Darwin e Spencer. Desta forma, as idéias jusnaturá listas - suporte teórico da fase anterior a Carrara (31) - entram em declínio e o impacto do desenvolvimento das ciências naturais proporciona aos homens uma crença absoluta na razão e nos métodos empíricos : " *as ciências deixam as especula*ções, a primazia da experiência se impõe, aperfeiçoam-se as *técnicas* " (32).

Segundo a cultura jurídica, como resultado dessa conjuntura cultural e política, a escola positiva propõe a substituição do princípio da retribuição, fundado na liberdade de de querer, por um sistema de prevenção especial, onde o crime é analisado como fato social.

Inicia-se, então, uma nova etapa do sistema da legalidade, que expressamente vincula a punição à personalidade do criminoso; etapa em que se alude à potencial periculosidade do acusado e que desqualifica, na imposição do castigo, a estrita correspondência entre o fato delituoso e a lei. Mais

importante que a determinação da tipicidade ( obsessão da dogmática, preocupada com os efeitos de garantia da lei), será a possibilidade de delinquir do acusado, ou seja, sua possibilidade de reincidir (33).

Nesta concepção de legalidade, a característica dominante, tanto da postura inicial. como das escolas ecléticas , é o privilégio dado à personalidade do acusado.

Convém notar que a escola positiva, em seus primeiros lineamentos, é contemporânea do pensamento clássico retribucionista, o que gera certa ambiguidade na determinação das tendências da época.

O programa político de controle e de reforma moral do criminoso, que constitui ainda uma ideologia do direito penal atual, aparece já perfilada nos programas iniciais da escola. Ferri, por exemplo, privilegia a prevenção em relação à repressão e identifica a resposta punitiva com as medidas de defesa social, o que não deixa de ser uma ingenuidade, pois não adverte que por trás das bandeiras da defesa social, desenvolve-se toda uma estratégia de acumulação do poder do Estado.

Prevenção e correção moral são as teses fundantes do projeto positivista. O olhar político do Estado lhe está muito agradecido.

O movimento positivista inicia-se com César Lombroso, médico italiano, através de sua obra " L'uomo Delinquente " (1876).

Para Lombroso, o delinquente é um ser biológico , distinto dos demais homens, por meio de fatores morfológicos e somáticos. O criminoso caracteriza-se pelo atavismo, ou seja, por uma regressão ao homem selvagem, causada pelo fenômeno da degeneração. Desta forma, propõe Lombroso a figura do crimi

noso nato (tipo antropológico específico), indicando as anomalias por ele apresentadas: assimetria craniana, orelhas em asa, cabelos abundantes, arcada superciliar proeminente, analgesia, mancinismo ou ambidestrismo, distúrbios dos sentidos, impulsividade, vaidade, preguiça, insensibilidade moral etc..

Posteriormente, Lombroso pretendeu, em virtude das críticas formuladas contra sua teoria da disposição inata para o crime, juntar o atavismo à epilepsia (descontrole dos centros nervosos) e à loucura moral (supressão do senso moral). Neste sentido, o delinquente seria um ser atávico, de fundo epilético e semelhante ao louco moral. O criminoso, assim, seria um doente que deveria ser "curado" de forma científica. Entretanto, sabemos que o estatuto do louco e do criminoso depende de um saber que, falando de sua cura, o domina.

As primeiras reflexões da escola positiva não levaram em conta o fato de que o saber médico, o saber asilar, a criminologia, desenvolveram-se institucionalmente e, portanto, representam um pano de fundo micropolítico.

As concepções de Lombroso receberam várias críticas - de Baer, na Alemanha e de Goring, na Inglaterra -, especialmente a partir dos estudos de endocrinologia e biotipologia, que, apesar de confirmarem uma certa correlação entre o físico e o psíquico, negam a possibilidade da formulação de um tipo antropológico específico, com tendência inata para o crime.

Por outro lado, a doutrina jurídica vê a importância da obra de Lombroso no fato de ter fundado a Antropologia Criminal e a Psicologia Criminal, " *iniciando o estudo antropológico do homem criminoso, e visando a uma explicação causal de seu comportamento anti-social* " (34).

Enrico Ferri fornece continuidade ao movimento iniciado por Lombroso, criando a chamada Sociologia Criminal.

A doutrina jurídica aponta Ferri como o maior vulto da escola positiva, uma vez que deu amplitude ao antropologismo de Lombroso, indicando três ordens de fatores do crime: antropológicos, físicos e sociais. A partir deste trinômio causal do delito, classifica os criminosos em: nato ( atrofia do senso moral ), louco (abrangendo os matóides ), habitual ( produto do meio ), ocasional ( fraco de espírito ) e passional (sensibilidade exagerada ).

Em sua tese " La Negazione del Libero Arbitrio e la Teoria della Imputabilità " (1878), Ferri nega a liberdade de querer, comprometendo o princípio da retribuição. Por outro lado, substitui a responsabilidade moral pela responsabilidade social, " *concluindo que todo homem é sempre responsável por toda ação antijurídica que pratica, unicamente porque vive em sociedade* " (35). Desta forma, o fundamento do direito de punir é a defesa social, que deve ser realizada, principalmente, através de medidas preventivas denominadas "substitutivos penais" - medidas tendentes a modificar as condições sociais e econômicas que favorecem a ação criminógena.

Defende Ferri o caráter de indeterminação da pena, que deve ser " *adequada ao delinquente e visar ao reajustamen*to para o convívio social " (36).

A doutrina jurídica reconhece na concepção de Ferri o mérito de ter delimitado a " *a importância da explica*ção antropológica para acentuar as influências ambientais, que seriam preponderantes na moldagem da personalidade individual " (37).

Rafaele Garofalo é o iniciador da fase jurídica da



escola positiva. Sua obra principal "Criminologia" (1885) divide-se em três partes: o delito, o delinquente e a repressão penal. Esta última possui acentuado caráter jurídico, e contém o núcleo fundamental da doutrina da escola positiva: a prevenção especial (prevalente) e a prevenção geral.

Garofalo pretende elaborar um conceito uniforme de crime, criando a figura do delito natural: "*violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade*" (38). O delinquente, por sua vez, é um ser portador de anomalia psíquica, ou seja, anomalia moral. Assim, a partir da idéia do crime como resultado de uma anomalia moral, Garofalo elabora o conceito de temibilidade - "*a perversidade constante e ativa do delinquente e à quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente*" (39) - dando origem, desta maneira, ao moderno conceito de periculosidade.

Com relação às idéias de Garofalo, Rosa Cardoso da Cunha afirma que "*embora subverta finalmente seu projeto teórico primitivo sobre o crime e sobre o criminoso, desqualificando a situação de anormalidade que dizia subjacente às práticas delituosas, para advogar formas policialescas de inibição e extermínio, Garofalo não renega o fundamental do programa positivista*" (40).

Por outro lado, nota-se, de início, uma certa contradição no pensamento de Garofalo, pois aceitando a relação doença/sistema punitivo, advoga mecanismos policialescos de repressão; o que contradiz, no plano teórico, as suas teses iniciais, mas que põe a flor da pele textual as dimensões políticas das ciências auxiliares do direito penal, que, em nome

da cura do criminoso, organizam a sua dominação.

A doutrina jurídica, como vimos, reconhece Garofalo como o iniciador da fase jurídica da escola positiva, apesar do aspecto demasiadamente criminológico de sua obra. Posteriormente, com Florian, Grispigni, e a obra de Ferri "Princípios de Direito Criminal " (1928), a escola positiva alcança sua fase verdadeiramente jurídica.

Desta forma, diante do exposto, podemos verificar que a escola positiva constrói uma história natural ( biológica sociológica e criminológica ) do homem criminoso, antes de elaborar um sistema propriamente jurídico. Por outro lado, pretende, de início, aplicar o método experimental tanto às investigações criminológicas como ao próprio direito penal. Posteriormente, o método experimental foi reservado às ciências criminais, enquanto as construções jurídico-penais eram elaboradas a partir do método normativo.

Em suma, a partir dos estudos antropológicos, sociológicos e criminológicos, entende-se que compete ao direito penal, " a tutela coletiva contra o perigo encarnado nos criminosos ". Por outro lado, proclama-se que " também a estes cumpre ajudar, livrando-os de suas taras " (41).

Neste sentido, conserva-se o direito penal nos seus domínios próprios e utiliza-se a orientação da criminologia, como forma de indicar ao legislador - que atua pela via jurídica - as melhores providências para enfrentar a criminalidade . Entretanto, " a espinha dorsal da orientação positivista, podemos dizer que está na Criminologia " (42).

A doutrina jurídica elabora um esquema de princípios orientador da concepção positivista-criminológica:

- a) o crime é um fenômeno natural e social, condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais;

- b) utilização do método indutivo, experimental ou positivo para a explicação das causas do delito;
- c) a responsabilidade penal está fundamentada na responsabilidade social, como decorrência da periculosidade criminal do agente;
- d) a pena tem por finalidade a defesa social, visando a recuperação do delinquente ou sua segregação, nos casos irrecuperáveis.

A importância da escola positiva para a doutrina jurídica pode ser verificada nas palavras de João Bernardino Gonzaga: " *Todos compreendem a necessidade de estudar a inegável correlação entre os dados sociais e bio-psicológicos, como causa, e a criminalidade como consequência. Convincente, ou trossim, é a proposta de que o Estado deve enfrentar os fatores criminógenos com metódico trabalho preventivo. Contribuiu ainda a Escola Positiva para que muito se desenvolvessem as chamadas ciências penais. Lembrou que o delinquente é um homem que pode carecer de assistência médica, psicológica, pedagógica. Delineou o conceito de periculosidade. Concorreu para que ingressassem nas legislações penais institutos como o das medidas de segurança, o "sursis", o livramento condicional, a sentença indeterminada " (43).*

Verificamos, assim, como as preocupações do positivismo, desenvolvidas a partir do conceito de periculosidade, sustentam o olhar disciplinar como forma de controle atual e prospectivo dos corpos dos criminosos. Uma vigilância que diz estar interessada na recuperação do delinquente, mas que, na verdade, atua como uma forma de legitimar, pelas palavras, o processo de acumulação das forças pelo Estado. O poder do Estado encontra-se mais na força social derivada da transformação dos

sujeitos em objetos sociais, do que na concentração de bens e riquezas.

Assim, contrastando as estratégias do inquérito , preocupado com os fatos passados, surge a figura da recuperação do criminoso, com a qual se pune, à margem da culpabilidade, as virtualidades individuais. Esta estratégia teórica justifica as instituições e os saberes, propondo transformar as penitenciárias em lugares de cura e educação, e gerando uma marginalidade consentida, como condição necessária à execução dos programas políticos do Estado moderno.

### 3. OUTRAS CORRENTES

Como forma de conciliação entre as posições da escola clássica e do positivismo naturalista, surgem, segundo a cultura jurídica, outras correntes.

A escola moderna alemã aparece com Von Liszt, que defende a idéia de separar o direito penal (limitado à dogmática jurídica) da criminologia (estudo científico do delito ) . Da escola clássica, Von Liszt aceita a conceituação de crime como fato jurídico, mas, de acordo com os positivistas, reconhece nele a existência de aspectos humanos e sociais. Por outro lado, aceita dos clássicos a distinção entre imputáveis e inimputáveis; entretanto, não a fundamenta no livre arbítrio, mas na normalidade de determinação do sujeito. Substitui a pena retributiva pela pena de fim (orientada conforme a personalidade do criminoso), que possui o objetivo de recuperar o delinquente por meio da chamada "adaptação artificial". Deve-se ainda à escola moderna alemã a elaboração do sistema dualista: a pena (fundada na culpa) e a medida de segurança ( basea

da na periculosidade do agente ).

A doutrina jurídica apresenta os caracteres desta corrente:

- a) método lógico-jurídico para o direito penal e experimental para as ciências penais;
- b) distingue o imputável do inimputável, sem se fundar, porém no livre arbítrio, e sim na determinação normal do criminoso;
- c) aceita a existência do estado perigoso;
- d) tem o crime como fato jurídico, mas também como fenômeno natural;
- e) a luta contra o crime far-se-á não só pela pena, mas também com as medidas de segurança (44).

Na Itália, surge a "terceira escola", com Alimena, Carnevale e Impallomeni. Posicionando-se entre os clássicos e os positivistas, aceitam dos primeiros a distinção entre imputáveis e inimputáveis, e a responsabilidade penal como responsabilidade moral, não fundada, porém, no livre arbítrio; dos segundos, incorporam a concepção do delito como fator social e individual, e o princípio da defesa da sociedade como finalidade da pena, que, por sua vez, possui ainda caráter aflagrante.

Segundo Roberto Lyra, são princípios dessa corrente:

- a) respeito à personalidade do direito penal, que não pode ser absorvido pela sociologia criminal;
- b) inadmissibilidade do tipo criminal antropológico, fundando-se na causalidade e não fatalidade do delito;
- c) reforma social como imperativo do Estado, na luta contra a criminalidade (45).

O tecnicismo jurídico, surgido na Itália, tem inspiração clássica, apesar de repudiar a presença da filosofia no âmbito do direito penal. Nesse sentido, propõe a autonomia do direito penal, que possui um conteúdo dogmático e se vale do método técnico-jurídico.

Segundo Magalhães Noronha, são caracteres do tecnicismo jurídico:

- a) negação das investigações filosóficas;
- b) o crime como relação jurídica de conteúdo individual e social;
- c) responsabilidade moral, distinguindo os imputáveis e os inimputáveis;
- d) pena retributiva e expiatória para os primeiros e medidas de segurança para os segundos (46).

Fica, assim, esboçado o programa das escolas ecléticas, as quais opto, por inserir na estratégia teórica positivista, pois ainda que aceitem uma composição ou adaptabilidade aos princípios ou critérios do pensamento retribucionista, constituem um processo de apropriação e recuperação ideológica da escola clássica. As escolas ecléticas, na verdade, fazem prevalecer a conjugabilidade entre a periculosidade e a pena.

Nesta ordem de idéias, não podemos falar das concepções teóricas do positivismo sem uma referência à lei, pois identificamos claramente a valorização ideológica do criminoso nos movimentos legislativos e nas codificações europeias elaboradas a partir de 1820. Surge, então, um sistema de leis especiais que expressamente consideram os postulados positivistas e ecléticos, tornando a personalidade do agente o centro do sistema punitivo.

Verifica-se, então, que o significado inicial do sistema de legalidade preconizado pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa, torna-se incompatível com o sistema de legalidade difundido pelas escolas positiva, ecléticas e pelas reformas penais europeias.

Conforme Rosa Cardoso da Cunha assinala, teríamos três concepções distintas de legalidade: a) a de Beccaria; b) a dos clássicos retribucionistas; c) a do positivismo penal e das apropriações ideológicas efetuadas pelas escolas ecléticas (47).

Quero ainda indicar que o sistema de legalidade positivista redefine substancialmente a situação política do princípio da legalidade. Este princípio nasce dos temores de Feuerbach em relação à coação psicológica que a pena determina. A escola clássica preocupou-se em salvaguardar os indivíduos contra a administração arbitrária desta coação psicológica por parte do Estado. Ou seja, o princípio da legalidade serviu, entre outros fatores, na história, como coação psicológica para os que administravam o sistema de punições. O positivismo legitimou, como exercício do Estado, a intimidação contida no princípio da legalidade, mas roubou dos homens as garantias contra o poder estatal, deixando-os ideologicamente nus frente a repressão.

N O T A S

- (1). Neste sentido, ver Luis Alberto Warat, "Considerações Epistemológicas Sobre o Princípio da Pureza Metódica", Tese, UFSC, 1980, Inédito.
- (2). Cf. Rosa Maria Cardoso da Cunha, "O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade", Editora Síntese, Porto Alegre, 1979.
- (3). Cf. Aníbal Bruno, "Direito Penal", Tomo I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967, p.80.
- (4). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.80.
- (5). Cf. Magalhães Noronha, "Direito Penal", Volume I, Editora Saraiva, 1976, p.24.
- (6). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, op. cit., p.39.
- (7). Cf. Magalhães Noronha, op. cit. p.26.
- (8). Cf. Heleno C. Fragoso, "Lições de Direito Penal", Parte Geral, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1977, p.44.
- (9). Cf. Magalhães Noronha, op. cit., p.30.
- (10). Cf. Magalhães Noronha, idem, p.30.
- (11). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.87.
- (12). Cf. Aníbal Bruno, idem, p.85.
- (13). Cf. Heleno Fragoso, op. cit., p.45.
- (14). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.92.



- (15). Cf. Magalhães Noronha, op. cit., p.29.
- (16). Cf. Michel Foucault, " A Verdade e as Formas Jurídicas", Cadernos da PUC, n.06/74, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1979
- (17). Cf. Heleno Fragoso, op. cit., p.45.
- (18). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.94.
- (19). Cf. Aníbal Bruno, idem, p.94.
- (20). Cf. Aníbal Bruno, ibidem, p.84-85.
- (21). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, op. cit., p.39.
- (22). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, idem, p.40.
- (23). Cf. Heleno Fragoso, op. cit., p.46.
- (24). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.89.
- (25). Cf. Aníbal Bruno, idem, p.90.
- (26). Cf. Magalhães Noronha, op. cit., p.32.
- (27). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.91.
- (28). Luis Alberto Warat denomina este ideal de completeza normativa de "princípio de egocentrismo textual", opondo-o ao " princípio da heteronímia significativa", como possibilidade teórica para a compreensão das dimensões políticas do pensamento juricista. Neste sentido, ver " Do Postulado da Pureza Metódica ao Princípio da Heteronímia Significativa ", comunicação apresentada no I Encontro Nacional de Filosofia do Direito, Paraíba, 1980.
- (29). Cf. Marilena Chaui, "Cultura e Democracia. O Discurso Competente e Outras Falas", Ed. Moderna, São Paulo, 1981. Ver, ainda, Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales, Astrea, Buenos Aires, 1975.

- (30). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.97.
- (31). A cultura jurídicista considera que a fase jusnaturalista da escola clássica termina com a obra de Carrara, pois, posteriormente, a dogmática jurídica assume um desprezo consciente por todas as formas de jusnaturalismo, visto como um forte entrave à possibilidade de constituição de uma ciência do direito em sentido estrito. No entanto, pelas razões levantadas na reflexão sobre as funções ideológicas do ideal racional da completeza normativa, verificamos que a dogmática penal provoca tão somente um deslocamento na forma como enuncia e explicita o seu jusnaturalismo. As reflexões jusnaturalistas deixam de aparecer explicitamente no discurso, para tornarem-se encobertas.
- (32). Cf. João Bernardino Gonzaga, "Considerações Sobre o Pensamento da Escola Positiva", in Ciência Penal, n.3, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974, p.371.
- (33). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, op. cit., pp.40-41.
- (34). Cf. Heleno Fragoso, op. cit., p.50.
- (35). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.102.
- (36). Cf. Magalhães Noronha, op. cit., p.36.
- (37). Cf. João B. Gonzaga, op. cit., p.374.
- (38). Cf. Aníbal Bruno, op. cit., p.103.
- (39). Cf. Aníbal Bruno, idem, p.104.
- (40). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, op. cit., p.42.
- (41). Cf. João B. Gonzaga, op. cit., p.376.
- (42). Cf. João B. Gonzaga, idem, p.383.

- (43) . Cf. João B. Gonzaga, *ibidem*, p.382.
- (44) . Cf. Magalhães Noronha, *op. cit.*, p.40.
- (45) . Cf. Magalhães Noronha, *idem*, p.39.
- (46) . Cf. Magalhães Noronha, *ibidem*, p.42.
- (47) . Cf. Rosa Cardoso da Cunha, *op. cit.*.

## C A P Í T U L O   I I I

### A   R E P R E S S Ã O   C O M O   E S T R A T É G I A D E   I N D I V I D U A L I Z A Ç Ã O

Como assinaiei no primeiro capítulo deste trabalho, procurarei agora orientar-me em direção à verificação das insuficiências epistemológicas do pensamento jurídico sobre a pena. Por outro lado, desde logo deve-se ressaltar que tais insuficiências epistemológicas, do ponto de vista político e ideológico, cumprem uma função positiva.

Pretendo, assim,, demonstrar que a cultura jurídica ta elabora uma análise histórica linear, uma vez que dissocia tal análise, total ou parcialmente, das conjunturas sócio-políticas nas quais estão inseridas as diversas teorias sobre a sanção penal, favorecendo o programa repressivo do Estado.

A doutrina jurídica, como vimos, situa o aparecimento da obra de Beccaria (iniciadora do movimento da escola clássica) como "*o livro que a sociedade esperava*". No entanto, esquecem de dizer o quão ideológica era essa espera. Surge, assim, o chamado período humanitário, resposta filosófica e política ao corpo supliciado e esquartejado e as suas implicações necessárias (poder absoluto do soberano, processos inquisitoriais etc.). Posteriormente, com a escola positiva, o período reformador adquire novos contornos, aparentemente antagônicos, delineando o conceito de periculosidade e iniciando a "*luta contra a criminalidade*".

Em suma, no final do século XVIII, encontramos três formas de organização do poder de punir. A primeira, ainda em

funcionamento, é a punição do direito monárquico, ou seja, a utilização das marcas rituais da vingança, representando o poder absoluto do soberano (1). As outras constituem uma concepção preventiva, utilitária e corretiva do direito de punir, correspondendo, até certo ponto, à fase inicial da escola clássica e ao movimento positivista. No entanto, diferenciam-se quanto aos dispositivos utilizados. Os juristas reformadores (período humanitário) utilizam a punição como um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito. Assim, utilizam sinais e códigos representativos, que funcionam como forma de prevenção geral e especial. Finalmente, o aperfeiçoamento e a sofisticação do projeto inicial da reforma ( movimento positivista ), com a elaboração da instituição carcerária, a punição como técnica de coerção dos indivíduos e a utilização de processos de treinamento dos corpos.

Nesta perspectiva, Michel Foucault relaciona alguns fatores característicos destas três modalidades do poder de punir: " o soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo; a marca, o sinal, o traço; a cerimônia, a representação, o exercício; o inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata; o corpo que é supliciado, a alma cujas representações são manipuladas, o corpo que é treinado" (2).

De imediato as diferenças parecem muitas, mas permanece sempre a necessidade de marcar o homem, castigando-o por não se deixar dominar.

Verificamos, assim, que a cultura jurídica, culpabilizando ou achando perigoso o indivíduo, propõe a consideração do sistema punitivo em termos individualistas e atomizados. Defende uma política molecular da punição, justificada

pela moral, pela razão ou pelo medo social. No entanto, é um saber que silencia os efeitos sociais não individualizáveis do sistema de punições. Existem motivos transmolecularizados que fundamentam e determinam a punição, não como castigo, mas como uma forma de repressão socialmente organizada, que procura reproduzir o modelo produtivo e desejante que se pretende conservar. O sistema punitivo é, assim, um dos fatores determinantes das relações sociais, como forma de conservar as relações assimétricas do sistema capitalista (3).

# 1. NOVAS ESTRATÉGIAS REPRESSIVAS

A doutrina jurídica enfoca o movimento inicial da escola clássica (período humanitário) como a instauração de um direito de punir fundamentado em princípios mais equitativos. A minha orientação, a partir das contribuições teóricas de Michel Foucault e da epistemologia crítica das ciências sociais, pretende, ao contrário, fundamentar tal direito em uma nova arte do poder de punir, que assegura a sua melhor distribuição, o torna mais eficaz, contínuo e homogêneo e diminui, para o Estado, o seu custo político e econômico.

Desta forma, o objetivo do período humanitário foi antes o de " *fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade; inserir mais profunda*mente no corpo social o poder de punir " (4).

O direito de punir, por conseguinte, desloca-se da vingança do soberano à defesa da sociedade, deslocando também o objeto sobre o qual se aplica a punição: do corpo (com as

marcas do suplício ) para um código representativo aceito da forma mais universal possível. Ou seja, a mecânica do exemplo é transferida da penalidade do suplício para um sinal que cria obstáculos: " numa penalidade calculada pelos seus próprios e feitos , o exemplo deve referir-se ao crime, mas da maneira mais discreta possível; indicar a intervenção do poder, mas com a máxima economia, e no caso ideal impedir qualquer reaparecimento posterior de um e outro " (5).

Neste sentido, poderíamos perguntar: por que essa necessidade de punir mais e melhor ? Na verdade, os juristas reformadores defendiam não um novo respeito pela humanidade dos condenados (apesar de salvaguardá-los contra punições arbitrárias), mas a criação de uma justiça penal mais autônoma para a vigilância do corpo social. A justiça tradicional, alvo dos reformadores, era lacunosa e inconsistente por vários fatores: pelos conflitos internos de competência, pelos interesses particulares a defender, pelas intervenções do poder real que, a qualquer momento, poderia neutralizá-la. Em suma, a justiça penal tradicional era irregular, principalmente pelas instâncias encarregadas de realizá-la, sem nunca constituir um edifício homogêneo.

Por outro lado, as diversas camadas sociais possuíam uma margem de ilegalidades toleradas: os privilégios concedidos para alguns indivíduos e comunidades. Os estratos menos favorecidos do corpo social não tinham privilégios, mas também gozavam de tolerâncias, como condição indispensável à sobrevivência.

Nesta perspectiva, o chamado período humanitário surgiu como forma de luta contra o superpoder do soberano e o infrapoder das ilegalidades toleradas. Ou seja, ao lado do po

der ilimitado e pessoal do soberano, havia, como seu correlato, um lugar livre para as ilegalidades constantes dos súditos. Daí a crítica ao suplício, dispositivo onde se uniam o poder absoluto do soberano e as ilegalidades populares. O período humanitário pretendeu fixar limites a ambos.

Entretanto, a luta contra o infrapoder das ilegalidades toleradas ocupou um lugar prioritário com relação ao superpoder do soberano. Pretendeu-se antes gerir distintamente as ilegalidades, classificá-las, delimitá-las e controlá-las do que suprimi-las. Neste sentido, dois tipos de objetivação se definiram com o projeto dos reformadores: o criminoso como aquele que quebrou o pacto social, qualificado como homem "fora da natureza", e um controle da delinquência através de uma economia calculada das punições. No entanto, apenas a segunda objetivação teve efeitos diretos e decisivos, uma vez que implantaram se codificações, regras de procedimento e tariffações de penas. A primeira objetivação, o "homo criminalis", não passava ainda de uma possibilidade, que, posteriormente, com a escola positiva, será retomada de forma essencial.

Desta forma, procurarei verificar, no próximo item, como essas duas formas de objetivação se entrecruzam, destruindo o código dos sinais representativos dos juristas reformadores, e trazendo de volta o corpo, não mais com as marcas rituais da vingança, mas como um objeto a ser treinado, exercitado, normalizado e disciplinado.

Contudo, após esta fundamentação do período reformador como uma nova estratégia do poder de punir, e antes de analisar a volta do corpo como objeto social, creio ser necessário retomar algumas considerações sobre a fase seguinte da escola clássica, ou seja, o surgimento da obra de Carrara.



As preocupações do pensamento penal clássico, a partir de Carrara, desenvolveram-se, como vimos, na necessidade da afirmação teórica da ilusão racionalista, que encontrasse garantida pela lei. A ordem jurídica é apresentada, assim, como completa, na medida em que as penas correspondem a delitos previamente tipificados.

Na verdade, estamos diante da justificação ideológica dos determinantes sociais das formas de repressão emergentes do sistema de legalidade, onde a luta pela prova é substituída pelas razões do saber e da lei. O corpo do indivíduo já não prova a sua inocência. É o tipo a prova racional da verdade.

Neste sentido, a escola clássica pretende deixar ao homem a liberdade de policiar-se, de olhar-se, para não enquadrar-se no tipo. Ou seja, cabe ao homem cuidar de seu próprio panóptico. Esta é, em suma, a única garantia emergente desse sistema de legalidade.

## 2. A REPRESSÃO COMO ORTOPEDIA SOCIAL

O objetivo fundamental da escola positiva, segundo a doutrina jurídica, foi a luta contra a criminalidade, como forma de defesa social. Por outro lado, os teóricos deste movimento adotaram contribuições das chamadas ciências humanas (Antropologia, Psiquiatria, Sociologia), com todos os seus critérios de racionalidade, visando, em última instância, à proteção da sociedade. Neste sentido, duas assertivas fundamentais podem ser encontradas na análise da escola positiva realizada pelo pensamento jurídico dominante: o objetivo da defesa social e a utilização dos critérios racionais das chamadas ciências

cias humanas.

Em primeiro lugar, o que pretendo demonstrar, ao contrário do pensamento jurídico dominante, é o fato de que no decorrer do século XIX (surgimento do movimento positivista) a penalidade não visa a utilidade social, mas procura ajustar-se ao indivíduo. Ou seja, a penalidade do século XIX objetiva menos a defesa social do que o controle psicológico e moral do comportamento dos sujeitos.

Desta forma, o princípio norteador do pensamento de Beccaria - não há punição sem uma lei explícita e sem um comportamento explícito que viole esta lei - é substituído por uma penalidade de controle, onde os indivíduos são geridos não ao nível do que fizeram, mas ao nível do que poderão fazer.

Neste contexto, surge a noção de periculosidade, segundo a qual " *o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam* " (6).

A correção individual defendida pelos reformadores - a requalificação do indivíduo como sujeito de direito através de um sistema de sinais e representações - é substituída por um aparelho de punição completamente diverso. Ou seja, " *o ponto de aplicação da pena não é o da representação, é o corpo, é o tempo, são os gestos e as atividades de todos os dias* " (7).

Nesta perspectiva, o aparelho punitivo elabora e utiliza formas de coerção: exercícios, atividades regulares, distribuição do tempo etc.. Por outro lado, a utilização destas formas de coerção e deste controle dos indivíduos ao nível de suas virtualidades não podem ser efetuados apenas pela justiça,

mas por uma série de instituições de vigilância e coerção (psicológicas, psiquiátricas, médicas, criminológicas), que proporcionam um funcionamento compacto da punição: " *ocupação meticolosa do corpo e do tempo do culpado, enquadramento de seus gestos, de suas condutas, por um sistema de autoridade e de saber; uma ortopedia concentrada que é aplicada aos culpados a fim de corrigi-los individualmente; gestão autônoma deste poder que se isola tanto do corpo social quanto do poder judiciário propriamente dito* " (8).

O que pretendi, até este momento, foi deslocar a primeira assertiva do pensamento jurídico sobre a escola positiva. Ou seja, o movimento positivista objetiva menos a defesa social, do que a instauração de uma nova penalidade de controle sobre os indivíduos.

Surge, assim, a idade da ortopedia social, onde uma sociedade disciplinar opõe-se às sociedades propriamente penais das épocas anteriores.

Procurarei agora desarticular a segunda assertiva proposta pela doutrina jurídica com relação à escola positiva, isto é, a afirmação de que a sua origem encontra-se nas exigências de racionalidade defendidas pelas ciências humanas. Neste sentido, Foucault afirma que " *o funcionamento jurídico-antropológico que toda a história da penalidade moderna revela não se origina na superposição à justiça criminal das ciências humanas* " (Antropologia, Psiquiatria, Sociologia), nem " *nas exigências próprias a essa racionalidade ou ao humanismo que ela traria consigo* (tese da doutrina jurídica), mas nas novas formas de controle social elaboradas pela chamada sociedade disciplinar (9).

Creio que neste momento uma pergunta se torna fun

damental: em que consiste essa sociedade disciplinar e qual a sua origem?

Inicialmente, deve-se ressaltar a importância da materialidade da riqueza para a formação da sociedade disciplinar. Com efeito, em fins do século XVIII, a fortuna não significa mais riqueza monetária, ou seja, ao contrário dos séculos XVI e XVII, onde a riqueza era principalmente constituída por terras ou por espécies monetárias, "*no século XVIII aparece uma forma de riqueza que é agora investida no interior de um novo tipo de materialidade não mais monetária; que é investida em mercadorias, estoques, máquinas, oficinas, matérias-primas, mercadorias que estão para ser expedidas. E o nascimento do capitalismo ou a transformação e aceleração da instalação do capitalismo vai se traduzir neste novo modo da fortuna se investir materialmente*" (10).

Desta forma, surge a necessidade de proteger este novo tipo de riqueza, que está diretamente exposta à depredação, uma vez que há agora uma espécie de contato direto da população com a riqueza. Neste sentido, verificamos que a sociedade industrial "*exige que a riqueza esteja diretamente nas mãos não daqueles que a possuem, mas daqueles que permitem a extração do lucro*" (11).

Por outro lado, a forma de propriedade das terras transforma-se, com a multiplicação das grandes áreas não cultivadas e das terras comuns. Assim, cabe também proteger cada proprietário de qualquer tipo de invasão.

Outro aspecto enfocado por Foucault com relação à formação da sociedade disciplinar é a grande explosão demográfica do século XVIII, com o aumento da população flutuante e a mudança na escala quantitativa dos grupos que importa manipu

lar ou controlar.

Em suma, a explosão demográfica do século XVIII e a nova distribuição espacial e social da riqueza industrial e agrícola foram os fatores determinantes para a origem da sociedade disciplinar.

Nesta perspectiva, o crescimento do aparelho de produção cada vez mais complexo exige um controle espacial dos indivíduos, na medida que é necessário oferecer o tempo dos homens ao aparelho de produção. Desta forma, *" são necessárias duas coisas para que se forme a sociedade industrial. Por um lado, é preciso que o tempo dos homens seja colocado no mercado, oferecido aos que o querem comprar e comprá-lo em troca de um salário; e é preciso, por outro lado, que este tempo dos homens seja transformado em tempo de trabalho "* (12).

Ao lado da extração da quantidade máxima de tempo, surge a necessidade de controlar, treinar e formar o corpo dos indivíduos, ou seja, o corpo dos homens deve transformar-se em força de trabalho. Finalmente, elabora-se um novo tipo de poder: um poder epistemológico, polivalente e microfísico.

Desta forma, procuraremos verificar como o controle do tempo, o treinamento dos corpos e a criação de um poder epistemológico se articulam no interior dos mecanismos disciplinares.

Inicialmente, é importante ressaltar que *" a disciplina é uma técnica de exercício do poder que foi, não inteiramente inventada, mas elaborada em seus princípios fundamentais durante o século XVIII "* (13). Deve-se ainda indicar que na Idade Média e mesmo na Antiguidade, existiam mecanismos disciplinares, como, por exemplo, nos mosteiros, nas colônias escravagistas, nos exércitos etc.. No entanto, as disciplinas elaboradas

a partir do século XVIII tornaram-se fórmulas gerais de dominação.

A disciplina, em primeiro lugar, caracteriza-se por uma inserção dos corpos em um espaço individualizado e classificatório. Ou seja, trata-se de um tipo de organização do espaço. Constitui-se ainda em um controle do tempo, na medida que procura sujeitar os corpos dos indivíduos para produzir o máximo de eficiência. Ao lado do controle do corpo e do tempo dos sujeitos, a disciplina implica em uma vigilância perpétua, sem limites e presente em toda a extensão do espaço. Neste sentido, os mecanismos disciplinares exigem um registro contínuo de informações sobre as atividades dos indivíduos.

Nesta perspectiva, elabora-se com os mecanismos disciplinares um trabalho sobre o corpo, manipulando seus elementos, seus gestos e seus comportamentos. Assim, *"o corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma "anatomia política" que é também uma "mecânica do poder está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficiência que se determina. A disciplina na fábrica, assim, corpos submissos e exercitados, "corpos dóceis". A disciplina aumenta as forças do corpo ( em termos econômicos de utilidade ) e diminui essas mesmas forças ( em termos políticos de obediência )"* (14).

Por outro lado, como já indicamos, os mecanismos disciplinares implicam em um poder epistemológico e normalizador. Trata-se de um poder que tem como função primordial adestrar e aprimorar o corpo dos indivíduos, para dele se apropriar com o máximo de eficiência possível. Neste sentido, veri

ficamos que o poder disciplinar tem por alvo e resultado o sujeito em sua individualidade. Ou seja, " *não se trata de conceber o indivíduo como uma espécie de núcleo elementar, átomo primitivo, matéria múltipla e inerte que o poder golpearia e sobre o qual se aplicaria, submetendo os indivíduos, estragando-os. Efetivamente, aquilo que faz com que um corpo, gestos, discursos e desejos sejam identificados e constituídos enquanto indivíduos é um dos primeiros efeitos do poder. Ou seja, o indivíduo não é o outro do poder; é um dos seus principais efeitos. O indivíduo é um efeito do poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser seu efeito, é seu centro de transmissão* " (15).

Desta forma, podemos afirmar que a disciplina fabrica indivíduos, analisando-os, como objetos de seu exercício. Nesta perspectiva, cabe verificar a forma como este poder normalizador realiza os seus propósitos. Em primeiro lugar, ele utiliza uma técnica de vigilância permanente, " *que permite distribuir os indivíduos, julgá-los, medi-los, localizá-los e, por conseguinte, utilizá-los ao máximo* " (16). Com efeito, graças à vigilância, elabora-se um olhar perfeito, a quem nada escapa e para onde todos os olhares convergem.

Por outro lado, através de técnicas de exercício, de aprendizados intensificados, o poder normalizador procura reduzir os desvios. Neste sentido, pretende-se " *medir em termos de valor as capacidades, o nível, a "natureza" dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida "valorizadora", a coerção de uma conformidade a realizar. Enfim, traçar o limite que defini*rá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal. A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui.

*Em uma palavra, ela normaliza" (17).*

Finalmente, eis onde pretendia chegar: a importância atribuída à normalização dos indivíduos. Com efeito, com este breve exame da sociedade disciplinar, procurei demonstrar o fato de que o grande esforço de disciplinarização e normalização realizado no século XIX, como exigência da sociedade industrial que se instaurava, está na origem do pensamento da escola positiva. Desta forma, as exigências de racionalidade defendidas pelas ciências humanas fazem parte dos mecanismos disciplinares e normalizadores elaborados pela chamada sociedade disciplinar.

### 3. A REPRESSÃO COMO FASCISMO DISCURSIVO

Existe, aparentemente, um colapso semiológico entre a escola clássica e a escola positiva. No entanto, ocorre simplesmente um deslocamento no modo em que se pode produzir o olhar controlador do Estado. Na verdade, se há uma ruptura, ela se dá a nível discursivo.

A escola clássica nos apresenta um discurso aparentemente democrático. A escola positiva assume, encobertamente, o fascismo das formas discursivas de nossa sociedade, introduzindo as ciências humanas no universo das enunciações do direito, mas fundamentalmente marginalizando a possibilidade teórica de pensar que os efeitos repressivos do direito emergem da lei e do saber que o constitui.

Como assinala Luis Alberto Warat, as determinações atuais dos efeitos repressivos da lei necessitam ser articulados com uma rede de saberes que procuram reprimir a produção de



sejante dos indivíduos, tornando-os inconscientemente dóceis e produtivos (18).

A partir da escola positiva, legitima-se um processo que culmina com a sociedade disciplinar, onde os homens são punidos não porque atuaram negativamente em relação aos outros homens, mas porque seus desejos apresentam um grau de liberdade de que põe em risco o espaço público.

Na escola positiva, o ideal de completeza normativa é substituído pelo ideal da explicação científica. Nas ciências empíricas, a explicação consiste em mostrar que o fenômeno isolado é um caso particular de uma lei geral. E a resposta será apropriada na medida em que se proporcione uma explicação causal das ações.

Nesta ordem de idéias, os tipos penais encontram-se retoricamente complementados por uma taxinomia das patologias sociais. O criminoso sofre um duplo processo de enquadramento, ou seja, só tem a possibilidade de auto-policiar-se se for normal. Daí, ele deixa de ser moralmente responsável frente ao tipo, para tornar-se responsável de forma científica se as ciências humanas autorizarem.

A completeza normativa é substituída, assim, pelos efeitos de certeza das ciências humanas. A razão salva-se como mediação legitimadora, mas os homens não.

## N O T A S

- (1). Cf. Michel Foucault, " Vigiar e Punir - História da Violência nas Prisões ", Editora Vozes, Petrópolis, 1977, p.115.
- (2). Cf. Michel Foucault, op. cit., p.116.
- (3). Sobre a repressão molecular, ver Félix Guattari, " Revolução Molecular: Pulsações Políticas do Desejo", Editora Brasiliense, São Paulo, 1981.
- (4). Cf. Michel Foucault, op. cit., p.76.
- (5). Cf. Michel Foucault, idem, p.86.
- (6). Cf. Michel Foucault, " A Verdade e as Formas Jurídicas", op. cit.
- (7). Cf. Michel Foucault, "Vigiar e Punir", op. cit., p.114.
- (8). Cf. Michel Foucault, idem, p.115.
- (9). Cf. Michel Foucault, ibidem, p.164.
- (10). Cf. Michel Foucault, "A Verdade e.....", op. cit.,p.80.
- (11). Cf. Michel Foucault, "Sobre a Prisão", in "Microfísica do Poder", op. cit..
- (12). Cf. Michel Foucault, "A Verdade e...", op. cit., p.94.
- (13). Cf. Michel Foucault, "O Nascimento do Hospital", in "Microfísica do Poder", op. cit., p.105.
- (14). Cf. Michel Foucault, "Vigiar e Punir", op. cit.,p.127.

- (15). Cf. Michel Foucault, "Soberania e Disciplina", in "Microfísica do Poder", op. cit., pp.183-184.
- (16). Cf. Michel Foucault, "O Nascimento do Hospital" in "Microfísica do Poder", op. cit., p.107.
- (17). Cf. Michel Foucault, "Vigiar e Punir", op. cit., p.163.
- (18). Neste sentido, ver Luis Alberto Warat, "A Partir de Kelsen", comunicação apresentada no II Encontro Nacional de Filosofia do Direito, Maringá, Paraná, 1981.

## C A P Í T U L O   I V

### O   T E R R I T Ó R I O   D O   C A S T I G O:   A P R I S ã O   O U   O   C O R P O   S O C I A L ?

Como verificamos, no capítulo anterior, as escolas penais (clássica e positiva) possuem, segundo a cultura jurídica, concepções distintas quanto à sanção penal.

Desta forma, para a escola clássica, a pena é retribuição jurídica (o mal justo que se opõe ao mal injusto praticado pelo delinquente), que proporciona o restabelecimento da ordem jurídica violada. Neste sentido, afirma Heleno Fragoso que "*os juristas clássicos, partindo de rígido enquadramento do magistério punitivo no plano ético, explicavam que a pena é essencialmente retributiva, e que representa o justo castigo pelo malefício praticado*" (1). A escola positiva, por sua vez, encontra a finalidade da pena na defesa social, visando a recuperação do delinquente ou sua segregação, nos casos irrecuperáveis.

Nesta ordem de idéias, para o movimento clássico, o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, fundada no livre arbítrio, proporcionando a distinção entre imputáveis e inimputáveis. A escola positiva, ao contrário, fundamenta a responsabilidade penal na responsabilidade social, como decorrência da periculosidade do agente.

Verificamos, assim, que o caráter retribucionista do castigo na escola clássica (culpabilidade-por-um-fato/ punição) é substituído, no positivismo criminológico, pela fórmula pericu

losidade/punição, onde se objetiva a recuperação do criminoso, reformando-o psicológica e moralmente. Ou seja, por um lado, esta mos frente a uma concepção retributiva, fundada na culpabilidade; de outro, nos defrontamos com uma concepção preventiva, baseada na periculosidade do criminoso.

As posições intermediárias ou ecléticas, que sucedem a escola positiva, procuram, segundo o pensamento jurídico, a com posição das concepções retributiva e preventiva. No leque destas correntes, a escola de Von Liszt forjou a definição mais significativa do pensamento eclético, com a pena retributiva orientada conforme a personalidade do criminoso. Desta forma, a escola mo derna alemã aceita dos clássicos a conceituação de crime como fato jurídico, mas, de acordo com os positivistas, reconhece nele a existência de aspectos humanos e sociais. Elabora, ainda, o sistema dualista: a pena (fundada na culpabilidade) e a medida de segurança (baseada na periculosidade do agente).

A doutrina jurídica acredita que a elaboração de tal sistema dualista representa uma atitude de conciliação entre escolas. Neste sentido, ressalta-se a opinião de Moacyr Benedicto de Souza: "*os clássicos, partidários do livre arbítrio como fundamento da responsabilidade moral, colocam o doente mental à margem de qualquer sanção, enquanto que os positivistas, negando a autonomia da vontade humana e firmando-se na responsabilidade social, entendem que as sanções penais devem atingir todos os delinquentes que venham a delinquir. Como o problema da prevenção e represão dos atos lesivos à sociedade praticados por insanos mentais, constitui-se na primeira preocupação dos que propugnavam pela adoção de providências distintas das penas propriamente ditas, de vemos concluir que o dualismo entre pena e medida de segurança constitui, historicamente, uma transação entre posições clássicas*

e positivas" (2).

# 1. A REPRESSÃO DAS VIRTUALIDADES

Creio ser importante ressaltar, ao contrário do afirmado pela doutrina jurídica, que as posições intermediárias, apesar de acatarem concepções retributivas e preventivas, fazem prevalecer a relação periculosidade/punição no âmbito do direito penal. Neste sentido, Rosa Cardoso da Cunha assinala: " *plasma-se, então, a nível de sistema punitivo, um projeto que só de modo formal atende ao compromisso de transação entre as posturas clássicas e positivas. Em verdade, o privilégio concedido à personalidade do criminoso para a determinação do castigo revela-se predominante, e isto ocorre por motivos que transcendem à esfera do jurídico, motivos que têm a ver com a organização política e de poder do Estado contemporâneo*" (3).

O sistema da periculosidade/punição surge na Suíça, com o projeto Stooss, de 1893, e cristaliza-se no seu Código Penal de 1937. Desde então, várias legislações passaram a adotar a fórmula acolhida sob o título de duplo binário. No entanto, apesar da referência a pressupostos retribucionistas (responsabilidade moral, livre arbítrio), privilegiam a personalidade do criminoso na imposição da pena.

Como reflexo das escolas intermediárias, o nosso Código Penal de 1940 concede importância extrema à personalidade do agente para a imposição da pena. Neste sentido, veja-se em sua Exposição de Motivos: " *É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto, existe a criminalidade dos doentes men*

tais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia, senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra "post delictum" são essencialmente preventivas, destinadas à segurança, vigilância, reeducação e tratamento de indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis".

Desta forma, apenas a nível formal subsistem os pressupostos retribucionistas. Acrescenta, assim, Rosa Cardoso: " É que, no âmbito da individualização da pena, a qual se relaciona com a culpabilidade por um fato, examina-se sempre a culpabilidade do autor, a sua personalidade culpável. Somando-se a isto um elenco de medidas de segurança, que têm efetivo caráter de sanção; a ideologia da pena, como medida ressocializadora; institutos como a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, o perdão judicial; a substituição das penas detentivas por penas pecuniárias; as custódias de segurança; o cumprimento de pena em estabelecimento aberto; a liberdade vigiada, etc., tem-se um sistema centralizado sempre na personalidade e periculosidade do autor" (4).

Com efeito, a ideologia da disciplina, do esquadrinhamento e da vigilância subjaz à gravitação do direito penal moderno em torno do conceito de periculosidade. Ou seja, o criminoso deve ser adaptado ao conceito de normalidade estabelecido pelas estruturas de poder dominantes.

Neste sentido, verificamos, nas posições ecléticas, derivadas do positivismo, que as reflexões procuram reduzir os fatos da vida humana - individual e social - a epifenômenos, oriundos de realidades básicas, de ordem psicológica ou sociológica.

Assim, "as crises sociais, desvendando contradições intrínsecas da estrutura e despertando contestações radicais, mostram a am  
biguidade da noção sociológica ou psicológica da anormalida  
de" (5).

O sistema dualista, que estabelece nítida separação entre pena e medida de segurança, surge, segundo a cultura jurí  
dica, com a finalidade de melhor aparelhar o Estado na sua luta contra a criminalidade. Ou seja, o Estado, como titular do "jus puniendi", deve não só reprimir o delito, como também preveni  
lo, visando a defesa social e a recuperação do delinquente. Com efeito, afirma Heleno Fragoso: " Com a transgressão da norma,  
surge para o Estado o direito à aplicação da pena, como direito  
subjetivo de punir " (6). E, acrescenta: "o que legitima o po  
der punitivo do Estado é o seu dever de garantir a segurança pú  
blica e privada. Isso se faz através da proteção de certos esta  
dos valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca pre  
servar através da ameaça penal...Nessa perspectiva, o que justi  
fica a imposição da pena é a defesa da ordem jurídica na consci  
ência da coletividade. Na execução da pena, a ressocialização  
do criminoso " (7).

Neste sentido, parece claro que a doutrina jurídica encontra a justificação da pena na própria função do Estado,  
" como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à conse  
qução e à preservação do bem comum " (8).

O que verificamos, em tais observações, é a incapa  
cidade da cultura jurídica de questionar a forma como a imputa  
ção do castigo responde principalmente à necessidade de gerar  
estruturas de poder, colaborando com o processo de acumulação  
social do poder do Estado. Ou seja, o programa de normalização  
e intervenção realizado pelo Estado através do castigo nunca



foi posto em xeque pelo discurso jurídico.

O sistema dualista, fórmula conciliadora entre escolas, segundo o pensamento jurídico dominante, é o que tem merecido maior acolhida por parte de legisladores e doutrinadores.

Neste sentido, é necessário ressaltar a opinião de Arturo Rocco sobre o dualismo pena e medida de segurança: " *enquanto uma objetiva a eliminação do perigo e do dano, a outra tende a eliminar a causa desses efeitos*" e que " *se a tutela preventiva é adequada e proporcionada às causas do perigo e do dano, a repressiva é adequada e proporcionada ao dano e ao perigo em si mesmo* " (9).

Desse entendimento participa Battaglini, quando julga " *impossível conceber um instituto jurídico que reúna os caracteres da pena e da medida de segurança*" (10).

No Brasil, pela convicção dualista, destacam-se Ataliba Nogueira, Madureira de Pinho e Nelson Hungria. Este último afirma que " *a pena é, conceitualmente, uma reação, um contra golpe em face do crime já praticado; a medida de segurança é um preventivo do crime que pode vir a ser praticado* " (11).

Alguns defensores da tese dualista não consideram a medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal. Nelson Hungria, entre nós, defende tal posição: " *a pena é sanção e se impõe por um fato certo, isto é, por um crime praticado*", *enquanto que* " *a medida de segurança não é uma sanção e se impõe por um fato provável, isto é, o provável retorno à prática de fato previsto como crime* " (12).

Entretanto, a maioria dos nossos autores sustenta que a medida de segurança é também sanção penal, diferindo da pena pela prevalência do aspecto preventivo. Assim, afirma Frederico Marques que " *a medida de segurança é, no direito pá*

*trio, uma sanção penal, porquanto só existe quando se verifique a periculosidade criminal, isto é, o estado perigoso revelado pela prática de uma infração penal ou quase delito" (13).*

Por outro lado, as legislações que adotam a dicotomia pena e medida de segurança divergem, ainda, quanto a forma de aplicação de cada uma destas sanções.

Em primeiro lugar, encontramos os códigos que, separando nitidamente pena de medida de segurança, prevêm sua aplicação em períodos sucessivos (salvo para os doentes mentais e menores), não podendo uma substituir a outra. É o chamado " sistema do duplo binário ". Ou seja, a medida de segurança funciona como complemento da pena, e só por exceção, nos casos de irresponsáveis perigosos, ela é um substitutivo. A esta orientação filia-se o nosso Código Penal de 1940.

Em segundo lugar, estão as legislações para as quais as medidas de segurança, embora distintas das penas, podem, em certos casos, ser aplicadas em substituição a estas, mediante faculdade concedida ao juiz. É o chamado " sistema de aplicação vicariante".

## 2. O DELINQUENTE: SUJEITO DE DIREITO OU OBJETO SOCIAL ?

Creio ser necessário, neste momento, perguntar sobre a forma como os juristas analisam atualmente as relações culpabilidade-por-um-fato/punição e periculosidade/punição.

Inicialmente, importa ressaltar que as posições ecléticas e intermediárias, derivadas do positivismo criminológico, foram absorvidas, em maior ou menor grau, pelos penalistas contemporâneos. Ou seja, a pena é retribuição ético-jurídica, baseada na culpabilidade; a medida de segurança possui fun

ção preventiva, ressocializadora, fundada na periculosidade do agente.

Nesta ordem de idéias, afirma-se o caráter retributivo da pena, sob a alegação de que negá-lo significa negar o direito penal. No entanto, além do caráter retributivo, há o carâter preventivo da pena, uma vez que " *pena sem prevenção é vingança, regresso ou recuo histórico* " (14).

Por outro lado, na fase de execução da pena, visa-se, pela prevenção especial, à ressocialização do delinquente. Assim, na prevenção especial, a pena, além de retribuição ético-jurídica, deve ser adequada à pessoa do condenado. Esta tarefa preventiva do direito penal é completada com as chamadas medidas de segurança, destinadas a combater a periculosidade. Em suma, " *a pena retributiva e preventiva existe em função do crime; a medida de segurança em função da periculosidade. Prevenção, pela primeira, é evitar o cometimento de crimes; pela segunda, é evitar que pessoa determinada cometa prováveis crimes. Em nenhuma hipótese, a pena preventiva destina-se a combater a periculosidade* " (15).

Verificamos, desta forma, que a doutrina jurídica enutra na retribuição a essência da pena, uma vez que o " *o seu limite básico há de ser a culpabilidade por um fato determinado* " (16). Ou seja, o limite imposto pela culpabilidade funcionaria como um freio a qualquer discricionária intervenção do poder público. Por outro lado, na fase executória, a pena deve ser concebida como uma providência dinâmica, tendendo à ressocialização do criminoso.

Não é outra a opinião de Miguel Reale Junior, para quem " *não é possível retirar-se por inteiro o caráter retributivo da sanção penal* " (17). Heleno Fragoso, por sua vez, afirma que não se pode " *negar a natureza ou essência retributiva da pe*

na como sanção jurídica", mas na sua execução deve-se buscar a recuperação do delinquente (18).

O que podemos verificar nas observações dos penalistas contemporâneos são contradições lógicas com as quais se debate o direito penal moderno.

Com efeito, se a pena deve ser cumprida visando a ressocialização do criminoso (caráter preventivo da pena), ela necessariamente será cumprida como medida de segurança. Por outro lado, se a medida de segurança representa perda de bens jurídicos, ela não se distingue da pena, em virtude do caráter também aflitivo. Ora, toda medida coercitiva imposta pelo Estado, seja em função da culpabilidade-por-um-fato, seja em função da periculosidade do agente, é pena, seja qual for o título com o qual se apresente.

Com referência ao caráter retributivo da pena, deve-se ressaltar que a culpabilidade-por-um-fato não funciona como limite ou freio à intervenção do poder público, uma vez que a aplicação da pena está condicionada pela periculosidade do agente. A culpabilidade nada determina ou limita, porque a periculosidade foi alçada ao centro do sistema punitivo.

Nesse sentido, podemos notar o quão mítico é o discurso jurídico, pois alude explicitamente à preservação da noção de culpabilidade como limite ao programa repressivo do Estado, mas elude o fato de que as medidas de segurança são as formas com as quais se cria a possibilidade do exercício ilimitado desse mesmo programa repressivo.

Outra questão que poderia ser formulada aos juristas refere-se ao problema da recuperação do criminoso. Nesta perspectiva, onde poderíamos encontrar o fundamento ressocializador das longas penas privativas de liberdade e da pena de morte ?

Importa ressaltar, no entanto, que estas críticas são apenas aproximações preliminares para o objeto de minha intervenção crítica.

### 3. A DESTERRITORIALIZAÇÃO DA PRISÃO

O sistema de simetria lógica representado pelo duplo binário (pena e medida de segurança) e acatado pela maioria dos penalistas contemporâneos, foi celebrado pela sua "perfeição teórica". No entanto, em virtude da realidade do sistema repressivo do Estado, esse mesmo sistema representa, segundo o pensamento jurídico, um fracasso em termos de experiência prática.

No sistema do duplo binário, "a medida de segurança apresenta-se como simples complemento da pena, sendo imposta em sentença condenatória, em que se aprecia a periculosidade presumida ou verificada do criminoso. Com a sua aplicação, impõe-se ao réu dupla coação. Uma consistente no cumprimento de uma pena, e a outra, na aplicação de medida curativa, após o término daquela" (19).

Nesta perspectiva, o pensamento jurídico assinala que o entusiasmo inicial cedeu lugar à descrença, pois, na prática, a nítida separação preconizada entre pena e medida de segurança fracassou, sobretudo no que se refere à aplicação concorrente das duas sanções. Ou seja, as medidas de segurança são aplicadas como um prolongamento da pena, com ela se confundindo ou sendo absorvida. Sem instalações adequadas, o seu cumprimento é realizado, na maioria das vezes, na própria prisão onde o condenado saldou sua pena, anulando, assim, qualquer benefício em favor de sua ressocialização.

Como forma de impedir as incongruências do sistema de

aplicação sucessiva das duas modalidades de sanção, verifica-se, entre os partidários da tese dicotômica, a tendência pela fórmula que permite ao juiz a substituição da pena pela medida de segurança. É o chamado sistema de aplicação vicariante.

O Código Penal Brasileiro de 1940, apesar de adotar o sistema do duplo binário, estabelece que o condenado cumprirá pena em regime aberto, fechado ou semi-aberto independentemente da natureza do crime ou de sua primariedade, e segundo, tão somente, a sua periculosidade e um amplo critério relativo ao "quantum" da pena aplicada. Ou seja, a periculosidade prevalece como critério determinador da individualização da execução penal.

Na verdade, defrontamo-nos com uma contradição, uma vez que o referido diploma estabelece a distinção entre culpabilidade e periculosidade e prevê, para cada qual, medidas de natureza diversa (pena e medida de segurança) de acordo com o sistema do duplo binário. Nesta perspectiva, a periculosidade deveria referir-se unicamente às medidas de segurança, e não, como verificamos no Código, à forma de execução da pena, que, por sua vez, funda-se na culpabilidade do fato praticado.

O Código Penal de 1969, ainda não em vigor, adota, por outro lado, o chamado sistema de aplicação vicariante. Neste diploma, o problema da individualização da pena se relaciona tanto com "o juízo de culpabilidade como o de periculosidade, a serem realizados nos mesmos critérios, porém com enfoques diferentes. Desse modo, as circunstâncias previstas no art.52 do novo Código constituem critérios para a fixação do "quantum" e da quantidade da pena, de acordo com a justa censura do autor e de seu ato, e uma vez aplicada a pena, cumpre ao juiz determinar o grau de periculosidade (nenhum, escasso, acentuado), tendo em vista os mesmos critérios enunciados no art.52, mas sob uma vi

*são probabilística de atitudes delituosas futuras" (20). Desta forma, a doutrina jurídica acredita que o Código Penal de 1969 parece mais preciso, uma vez que tratou "conjuntamente de ambas as funções que integram a individualização da pena, que tem cunho tanto retributivo como de prevenção especial, finalidades que não se excluem, mas se completam. Desse modo, vem regulados no art. 52 do novo Código a determinação da medida da culpabilidade e a fixação da periculosidade" (21).*

Neste momento, ressalto que tais questões constituem reflexões necessárias, mas não suficientes para explicitar as dimensões político-ideológicas do direito penal. Na verdade, a dogmática jurídica, através de suas contradições teóricas internas, gera um efeito de neutralidade ideológica. As ambiguidades doutrinárias são apenas aparentes, pois o discurso da doutrina penal, como assinalei, é desprovido de uma racionalidade intrínseca, sendo constituído por ingredientes político-sociais. A complexidade do discurso penal é o que proporciona ao Estado a articulação de estratégias justificadoras do exercício da coerção.

3.1. Os penalistas contemporâneos discutem com afinco as incongruências oriundas da adoção de sistemas dualistas, seja o do duplo binário, seja o de aplicação vicariante. Esta polêmica orienta-se em uma direção convergente: a prisão.

Os juristas afirmam que as nefastas consequências do encarceramento revelaram o fracasso das penas privativas de liberdade, que ao invés de provocarem, na fase de execução, a reintegração social do condenado, promoveram a elevação dos índices de reincidência. Neste sentido, buscam saídas, seja na adoção de um sistema unitário, seja na busca de possibilidades acessórias às penas privativas de liberdade.

Com efeito, são inúmeras as críticas formuladas à prisão: a produção da criminalidade; o aumento da reincidência; o fato de não pensar o homem em sociedade, criando uma existência contrária à natureza; a não ressocialização do criminoso; o funcionamento desenvolvido no sentido do abuso do poder (corrupção, arbitrariedades administrativas); o favorecimento da organização de um meio de delinquentes; a fabricação indireta da delinquência, ao fazer cair na miséria a família do detento etc..

Ora, há quase dois séculos a prisão vem sendo questionada, tanto no sentido de que não corresponde efetivamente à função de ressocialização, como pelo fato de que a verdadeira técnica penitenciária deve ser o rigor. Neste sentido, a prisão constitui-se em um duplo erro econômico: diretamente, pelo custo intrínseco de seu funcionamento e indiretamente pelo custo da criminalidade não reprimida. Na realidade, tais críticas são formuladas quase que conjuntamente ao surgimento da prisão, e a resposta é invariavelmente a mesma: a reativação das técnicas penitenciárias.

Não é por acaso que a instituição-prisão resistiu a tantas críticas, durante tanto tempo. Na verdade, a ingenuidade dos juristas não permitiu a verificação das reais funções do sistema carcerário. Surge, assim, de imediato, uma questão: qual o papel desempenhado pela prisão? Ou, melhor dizendo, para que serve o "fracasso" da prisão?

Inicialmente, a prisão funciona como um mecanismo que torna dócil e útil o indivíduo, por intermédio de um trabalho preciso sobre o seu corpo. A prisão leva à exaustão os mecanismos disciplinares, em vários sentidos, pois, como assinala Foucault, "*deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu*



comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre uma certa especialização, é "onidisciplinar". Além disso, a prisão é sem exterior e sem lacunas; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente a sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos em outros dispositivos disciplinares. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total" (22).

Nesta perspectiva, um poder rigoroso é veiculado na prisão, de forma insensível, sujeitando os corpos e penetrando mais profundamente no comportamento dos condenados. Daí, surge uma impressionante metamorfose: das mãos da justiça o aparelho penitenciário recebe um infrator condenado e o transforma em "delinquente". Esta transformação fundamenta-se no conceito de periculosidade, quando a vida do delinquente o caracteriza mais do que o ato punível cometido pelo infrator. Ou seja, procede-se a uma totalização da existência do delinquente, preenchendo suas lacunas através de uma prática coercitiva: a técnica da existência retreinada. Neste momento, o discurso penal e o psiquiátrico fundem-se, o que estabelece um conhecimento "positivo" dos delinquentes, que difere fundamentalmente da qualificação jurídica do fato punível e de suas circunstâncias.

O indivíduo do aparelho penitenciário é o delinquente, núcleo de periculosidade. "Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do "delinquente",

*pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária " (23).*

É justamente a partir deste ponto de aplicação do poder de punir, fabricado pelo sistema carcerário, que podemos compreender o "fracasso" da prisão. Ela, e de um modo geral, o castigo, não pretendeu suprimir as infrações; ao contrário, objetiva distingui-las, diferenciá-las, organizá-las, utilizá-las. A penalidade não é outra coisa que uma forma de gerir as ilegalidades, de estabelecer limites de tolerância. O sistema carcerário não procura reprimir ilegalidades, mas estabelecer a sua economia. Ou seja, *"os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades"* (24).

Na verdade, o "fracasso" do sistema carcerário é constatado desde 1820, quando se verifica que longe de transformar os criminosos em gente honesta, a prisão serve apenas para fabricar novos delinquentes. No entanto, como sempre, os mecanismos de poder utilizam estrategicamente aquilo que era um inconveniente. É certo que a prisão fabrica delinquentes, mas também é certo que estes mesmos delinquentes podem ser úteis ao domínio político e econômico. Ou seja, percebe-se os benefícios desta produção de delinquência e logo se verifica o sonho de uma sociedade sem delinquência: *" sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população se não o medo do delinquente?.... Esta instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não se justifica se não por isto. Aceitamos entre nós essa gente de uniforme, armada enquanto nós não temos o direito de estar, que nos pede documentos, que vem rondar nossas portas. Como isso seria aceitável se não houvesse os delinquentes?"* (25).

Em suma, a prisão conseguiu produzir a delinquência, forma política e econômica mais útil e menos perigosa de ilegalidade; por outro lado, obteve ainda a produção do delinquente como sujeito patologizado. Desta forma, a prisão especificou uma delinquência, no confronto entre a lei e as ilegalidades. Eis o sucesso da prisão, que depois de quase dois séculos de "fracassos", continua produzindo os mesmos efeitos.

A produção da delinquência, através da prisão, está ligada indissociavelmente aos mecanismos de poder apropriados pelo Estado capitalista. É o Estado quem vai fornecer os significados ocultos da periculosidade, isto é, é ele quem determina o limite entre o normal e o patológico. O anormal é o detentor da periculosidade, que, após a passagem pela prisão, recebe a marca da delinquência. Assim, a conceituação de normalidade ( delinquência ), elaborada pela ideologia hegemônica em uma formação social, necessariamente abrangerá uma significação influenciada pelos interesses dos grupos dominantes. Nesta ótica, a lei oculta, através de sua aparência científico-racional, claros efeitos ideológicos, cujas manifestações proporcionam a legitimidade da coação estatal.

3.2. A partir destas considerações, creio ser necessário indicar a posição dos penalistas contemporâneos em face do "fracasso" da prisão. Após quase dois séculos de questionamento do sistema carcerário, o pensamento jurídico resolveu propor não mais a reativação das técnicas penitenciárias, mas a elaboração de outros tipos de castigo, reservando as penas privativas de liberdade para casos excepcionais.

Neste sentido, os penalistas falam em despenalização (modificação ou atenuação da sanção penal existente) e em descri

minalização ( forma de exclusão da sanção penal). Em primeiro lugar, as novas medidas devem evitar o encarceramento. Na verdade, tais medidas já se encontram presentes nas legislações atuais, mas, no entanto, não com o caráter proposto atualmente.

Desta forma, os juristas defendem a ampliação da suspensão condicional da pena, a modernização da pena de multa, o favorecimento maior do livramento condicional, do perdão judicial, das custódias de segurança, da liberdade vigiada. Segundo Heleno Fragoso, " *persegue-se, assim, a humanização do sistema punitivo* " (26).

Com efeito, a doutrina jurídica não se engana totalmente em relação à supressão parcial da prisão. Entretanto, a causa desta tentativa de supressão parcial do sistema carcerário não se encontra no fracasso da obtenção da ressocialização do criminoso. O motivo, sem dúvida alguma, é outro, e são os próprios juristas que colaboram com a sua instituição.

Ora, todas as modalidades de castigo propostas como substituição ao encarceramento, propõem simplesmente uma microeconomia da penalidade perpétua, onde se opera uma diferenciação que não é a dos atos, mas dos próprios indivíduos, de sua natureza e virtualidades. A sanção penal foge da prisão e invade a existência dos indivíduos.

Não há dúvida que o conceito de periculosidade foi novamente alçado ao centro do sistema punitivo, não mais como fundamento das sanções existentes, mas como pressuposto das modalidades propostas como substituição ao encarceramento. A ampliação do livramento condicional, da liberdade vigiada e das custódias de segurança não se fundamentam em outra coisa que não a periculosidade do agente; procuram apenas " *traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a frontei*

*ra externa do anormal". Ou seja, manifestam "a sujeição dos que são percebidos como objetos e a objetivação dos que se sujeitam " (27).*

Busca-se, assim, a desterritorialização do olhar panóptico: do cárcere para a sociedade.

Nesse momento, quero utilizar-me de uma metáfora, para mostrar como se foi ocultando da cena social todos os indícios simbólicos da repressão. Em primeiro lugar, eliminou-se o cada falso, e acreditou-se que a construção da prisão seria uma forma de ocultação do castigo. Com a dinâmica da história, a prisão tornou-se um símbolo que veiculava para a sociedade todo o horror do interior de seus muros. Assim, a prisão, como evocação do horror, tornou mais uma vez pública a cena da violência, re produzindo as representações do cadafalso. Portanto, pretende-se elaborar uma nova forma de ocultação da repressão, através da transformação da sociedade em uma prisão sem muros. Ou seja, ve rifica-se que a função repressiva tem mais êxito quando perde uma dimensão enunciativa na ordem do simbólico. E o cárcere é o símbolo da repressão.

Nesta perspectiva, as propostas de despenalização e descriminalização são estratégias para tornar mais eficaz a for ça ideológica das prisões.

Verificamos, desta forma, um processo de crescimento dos dispositivos disciplinares, que se relacionam mais profunda mente com o aparelho penal. Trata-se, sem dúvida, de uma relação dialética: quando os dispositivos de normalização se densificam, a especificidade da prisão perde, em parte, a sua razão de ser. " *O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispo sitivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de po der que eles trazem, através da colocação de novas objetivi*

dades" (28).

Percebe-se, assim, que quando o descrédito sobre os efeitos recuperadores da prisão difunde-se pela sociedade, a teoria jurídica trata de elaborar uma nova estratégia técnico-discursiva de poder, visando, por um lado, a obtenção do consenso social no sentido de que há possibilidade de recuperação do delinquente, e, por outro, a elaboração de uma engrenagem de poder ainda mais eficiente.

3.3. Nesta ordem de idéias, surge uma questão da máxima importância: até que ponto os dispositivos de normalização, nas sociedades modernas, substituíram gradativamente a repressão, como violência física organizada?

Inicialmente, é importante assinalar que essa questão passa principalmente pela análise do que é o poder. De um lado, temos o poder como essencialmente repressivo, ou seja, o poder é o que reprime os indivíduos, os grupos, as classes, os instintos, os desejos. Trata-se de uma análise do poder que é uma análise dos mecanismos repressivos.

Michel Foucault insurge-se frontalmente contra esse tipo de abordagem. Segundo ele, a definição dos efeitos do poder pela repressão constitui-se em uma concepção puramente jurídica desse mesmo poder. Ou seja, o poder seria uma lei que diz não. Trata-se, sem dúvida, de uma noção negativa e estreita do poder. Neste sentido, Foucault afirma que *"se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social, muí*

*to mais que uma instância negativa que tem por função reprimir " (29).*

Nesta ordem de idéias, o poder, em Foucault, produz efeitos positivos ao nível do desejo e ao nível do saber. Por outro lado, a repressão, como recusa, proibição e interdito, não traduz as formas essenciais do poder, constituindo apenas os seus limites, as suas formas extremas.

De outra parte, verificamos, em Foucault, uma concepção distorcida sobre a noção jurídica do poder, quando ressalta que as análises dos efeitos do poder pela repressão significa uma análise jurídica desse mesmo poder.

Creio que o papel do direito, embora essencial ao exercício do poder como organizador da repressão, não significa entretanto a identificação da lei como algo que diz não. O papel repressivo da lei possui um aspecto de positividade que não pode ser escamoteado, uma vez que a própria lei obriga ações positivas, obriga discursos dirigidos ao poder. Neste sentido, afirma Poulantzas que *"a lei organiza o campo repressivo como repressão daquilo que se faz quando a lei proíbe e também como repressão daquilo que não se faz quando a lei obriga que se faça"* (30).

É justamente a partir desse ponto que são formuladas as críticas contra Foucault, ou seja, no sentido de que ele privilegia os dispositivos disciplinares e subestima o papel do direito e do Estado na organização da violência física.

Nicos Poulantzas, como principal interlocutor de Foucault nesta questão, afirma que *"concluir que o poder e o domínio modernos não mais se baseiam na violência física é a ilusão atual. Mesmo que essa violência não transpareça no exercício cotidiano do poder, como no passado, ela é mais do que*

nunca determinante. Sua monopolização pelo Estado induz as formas de domínio nas quais os múltiplos procedimentos de criação do consentimento desempenham o papel principal.... A violência física não existe somente lado a lado com o consentimento, como duas grandezas mensuráveis e homogêneas, que mantêm relações invertidas, de tal modo que maior consentimento corresponderia a menos violência. Se a violência-terror tem sempre um lugar determinante, isso não se deve ao fato dela se manter constantemente retraída e só se manifestar abertamente em situação crítica. A violência física monopolizada pelo Estado sustenta permanentemente as técnicas de poder e os mecanismos do consentimento, está inscrita na trama dos dispositivos disciplinares e ideológicos, e molda a materialidade do corpo social sobre o qual age o domínio, mesmo quando essa violência não se exerce diretamente " (31).

Desta forma, nos defrontamos com duas concepções que, de imediato, parecem opostas. Para Foucault, existe uma rede de poder que cobre a sociedade, estabelecendo uma ordem corporal que institui e gera o corpo, dócil e útil, como forma de satisfazer o sistema capitalista. Poulantzas, por outro lado, remete a problemática da repressão do corpo ao Estado, que ultrapassando suas funções de repressão, de ameaça física, de morte, modela, sujeita e produz o corpo do indivíduo, através de dispositivos físicos apropriados, encerrando-o em suas instituições e aparelhos.

Neste momento, o que importa ressaltar é que de forma alguma deve-se diminuir a importância e a eficácia do poder do Estado, como organizador da repressão e da violência física organizada. No entanto, não podemos correr o risco de insistir em seu papel exclusivo e não dar conta de todos os mecanismos e efeitos de poder que não passam direta e exclusivamente pelo Estado, mas que, na verdade, o sustentam, o reproduzem e elevam a sua eficácia



cia ao máximo.

Nesta ordem de idéias, creio que uma outra questão se impõe: qual o papel da sanção penal com relação à repressão, seja como violência física organizada, seja como forma de disciplina e normalização?

Inicialmente, não se pode falar na problemática da sanção sem necessariamente levantar a questão do Estado. É necessário indicar, em primeiro lugar, que o Estado não se constitui por uma delegação de coerção, mas, pelo contrário, por um conflito que expressa uma relação de força. Assim, a legitimidade do Estado moderno fundamenta-se, entre outros aspectos, no monopólio da repressão (como violência física organizada) e no efeito de racionalidade e legitimidade da lei. Indico que o monopólio repressivo do Estado refere-se unicamente à violência física organizada, porque apesar de utilizar mecanismos disciplinares e normalizadores, não os detém de forma monopólica.

Retomo, agora, a questão da sanção penal. De um lado, não se pode negar a sua dimensão político-ideológica (obscurecida pela análise dogmática), que funciona como uma das formas a serviço do programa político-ideológico-repressivo do Estado. Neste sentido, "*a imputação do castigo responde principalmente à necessidade de gerar estruturas de poder, resultando irrelevante as condutas reprimidas*" (32). Por outro lado, a sanção penal funciona como um processo de intervenção do poder sobre o corpo dos indivíduos, transformando-os em objetos sociais, dóceis e produtivos, como diria Foucault.

Desta forma, o conceito de sanção opera miticamente, pois evoca a possibilidade do exercício da coação dentro dos limites (garantias) do direito, mas silencia o fato de que a coerção se exerce muito mais ao sabor dos interesses políticos e ideológicos.

cos do Estado. A idéia de sanção oculta, ainda, a função normalizadora exercida por complexos semiológicos repressivos, que nem sempre se articulam com os discursos da lei. A repressão, na verdade, não surge apenas do direito, mas de diversas molecularizações repressivas que a idéia de sanção, vinculada à lei, força a ocultar.

A cultura jurídica cala, ignora e oculta a existência de economias repressivas, paralelas à economia repressiva da lei.

Nesta perspectiva, os mecanismos repressivos, operando como força ou normalização, roubam o corpo dos sujeitos sociais. E a metafísica do saber penal colabora decisivamente com esta apropriação corporal.

Em suma, o discurso penal é um discurso fascista; a repressão, como forma de fascismo, e a ideologia repressiva do Estado, ao nível jurídico, tornam-se muito mais eficazes quando as chamamos, respectivamente, sanção e ciência penal.

## N O T A S

- (1). Cf. Heleno Fragoso, "Direito dos Presos", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980, p.5.
- (2). Cf. Moacyr B. de Souza, "O Problema da Unificação da Pena e da Medida de Segurança", José Bushatsky Editor, São Paulo, 1979, p.35.
- (3). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, op. cit., p.43.
- (4). Cf. Rosa Cardoso da Cunha, idem, pp.46-47.
- (5). Cf. Roberto Lyra Filho, "Criminologia Dialética", Editor Borsoi, 1972, p.20.
- (6). Cf. Heleno Fragoso, op. cit., p.3.
- (7). Cf. Heleno Fragoso, "Lições ....", op. cit., p.60.
- (8). Cf. Heleno Fragoso, "Ciência e Experiência do Direito Penal", in Revista de Direito Penal, n.26.
- (9). Cf. Madureira de Pinho, "Medidas de Segurança", Tese, Rio de Janeiro, 1938, pp.60-61.
- (10). Cf. Moacyr B. de Souza, op. cit., p.37.
- (11). Cf. Nelson Hungria, "Comentários ao Código Penal", Vol. III, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1950, p.9.
- (12). Cf. Nelson Hungria, op. cit., p.9-10.
- (13). Cf. José Frederico Marques, "Curso de Direito Penal" , Vol. III, São Paulo, 1956, p.257.
- (14). Cf. Everardo Cunha Lima, in Arquivos do Ministério da Justiça, n.124.

- (15). Cf. Everardo Cunha Lima, op. cit..
- (16). Cf. João Bernardino Gonzaga, op. cit., p.394.
- (17). Cf. Miguel Reale Junior, "Antijuridicidade Concreta", José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974, p.75.
- (18). Cf. Heleno Fragoso, "Lições....", op. cit., pp.59-60.
- (19). Cf. Moacyr B. de Souza, op. cit., p.102.
- (20). Cf. Miguel Reale Junior, "Periculosidade e Individualização da Pena no Atual Direito Brasileiro", Inédito.
- (21). Cf. Miguel Reale Junior, op. cit..
- (22). Cf. Michel Foucault, "Vigiar e Punir", op. cit., p.211.
- (23). Cf. Michel Foucault, op. cit., p.226.
- (24). Cf. Michel Foucault, idem, p.240.
- (25). Cf. Michel Foucault, "Sobre a Prisão", in "Microfísica do Poder", op. cit., pp.137-138.
- (26). Cf. Heleno Fragoso, "Direito dos....", op. cit., p.43.
- (27). Cf. Michel Foucault, "Vigiar e Punir", op. cit., p.165.
- (28). Cf. Michel Foucault, op. cit., p.268.
- (29). Cf. Michel Foucault, "Verdade e Poder", in "Microfísica do Poder", op. cit., p.8.
- (30). Cf. Nicos Poulantzas, "O Estado, o Poder e o Socialismo", Graal, Rio de Janeiro, 1981, p.93.
- (31). Cf. Nicos Poulantzas, op. cit., pp.90-91.
- (32). Cf. Luis Alberto Warat, "Considerações...", op. cit.

## C O N C L U S ã O

O Estado capitalista, como relação de dominação, utiliza-se de fundamentos ideológicos, econômicos e coercitivos, para obter a sua legitimidade. O direito, como co-constitutivo da materialidade institucional do Estado, é composto por elementos político-ideológicos, determinados pelas relações de força da sociedade. Desta maneira, a doutrina jurídica sobre o castigo não é uma teorização científica, mas um "corpus" determinado pelos conflitos de poder. Ou seja, a teoria penal é sobredeterminada, respeitadas suas peculiaridades metodológicas, pela ideologia hegemônica na sociedade. A doutrina penal dominante, neste contexto, foi historicamente apropriada pelo Estado capitalista, como um dos fatores legitimadores do exercício da coação.

As principais teses jurídicas sobre a pena, produzidas no modelo de legalidade, foram aglutinadas em torno de duas tendências principais: a primeira, articulada à idéia de culpabilidade (escola clássica); a segunda, ligada à noção de periculosidade (escola positiva). Posteriormente, surgem as chamadas escolas ecléticas, que, no entanto, inserem-se na estratégia teórica do positivismo criminológico.

A escola clássica possui, como axioma fundante, a idéia de que a pena é retribuição jurídica, determinada pela culpabilidade do agente. Tal postura teórica serviu para fornecer algumas conquistas materiais fundamentais à burguesia, em seu combate às monarquias absolutistas. Nesta perspectiva, a noção de culpabilidade foi utilizada pela burguesia para consoli

dar suas forças e, posteriormente, ascender ao poder do Estado.

A escola positiva, por sua vez, fundada no princípio de que a pena deve ser utilizada com a finalidade da defesa social e da recuperação do delinquente, foi desenvolvida após a dominação burguesa nas formações sociais capitalistas. Com efeito, com o advento das revoluções burguesas e conseqüente necessidade de reproduzir tal dominação, desenvolveram-se novas técnicas de poder social. Entre as estratégias de legitimação elaboradas, uma das principais foi a que Foucault denominou mecanismos disciplinares, que, no seio da doutrina penal, provocaram o aparecimento do positivismo criminológico. Desta maneira, com as novas formas de dominação, que visam agora o controle do corpo dos sujeitos, a doutrina penal articula uma noção de criminalidade baseada na periculosidade. O delinquente passa a ser um anormal, que precisa de cuidados "médicos" para a sua ressocialização. O Estado, assim, como o encarregado da execução da pena, será o determinador da normalidade social.

Posteriormente, constituem-se as denominadas escolas ecléticas, que vêem a pena como retribuição orientada de acordo com a personalidade do agente. No entanto, esta dialética é puramente formal, porque, na verdade, estas teorias privilegiam a noção de periculosidade na imposição da pena. As escolas ecléticas mantêm, assim, em seus pressupostos teóricos, a tendência disciplinar de gerar a normalização social a serviço da ideologia hegemônica na sociedade.

Desta forma, pode-se dizer que o Estado capitalista apropriou-se das teorias penais como uma forma de legitimação. Neste sentido, percebe-se a total falta de embasamento da epistemologia fundante da dogmática jurídica, postuladora da neutralidade e cientificidade do saber jurídico sobre o castigo. Tal

saber é utilizado pelo Estado como uma das formas de justificar a utilização da coação física organizada. O Estado pune a delinquência baseado na idéia de periculosidade. No entanto, esta idéia é fornecida pelas ideologias dominantes na sociedade, o que determina um comprometimento dos fatores determinantes da criminalidade com a manutenção do "status quo".

A prisão, neste contexto, tem sido um dos laboratórios mais utilizados pelos detentores do poder do Estado em suas experiências panoptizadoras. O normal e o patológico têm sido redefinidos constantemente nas prisões, e o resultado de tais pesquisas foi, paradoxalmente, a delinquência. A patologização da delinquência é a radicalização de um processo de dominação. Através dele, o delinquente é objetivado medicamente enquanto anormal. E a idéia de curar a delinquência - como também a organização de toda uma estratégia disciplinadora em torno do delinquente - significa que as chamadas ciências penais pretendem realizar aquilo que, no final do século XVIII, o sistema clássico se mostrou incapaz de obter: o controle social do criminoso. Neste contexto, o delinquente é uma produção do Estado capitalista, principalmente após o positivismo criminológico, bem como o fator necessário à manutenção das estratégias disciplinares coercitivas. Em suma, delinquência e sistema carcerário nasceram juntos.

Contudo, com a divulgação da idéia generalizada do "fracasso" da prisão, foi desenvolvida pela teoria jurídica uma nova estratégia punitiva, que propõe a manutenção do delinquente no convívio social. Nesta ordem de idéias, pretende-se, além da normalização do delinquente, a panoptização da sociedade, ou seja, torna-se mais importante vigiar do que punir.

A prisão, na verdade, apenas falhou como mecanismo

de erradicação da criminalidade, pois cumpriu, por outro lado, uma eficiente função ideológica justificadora das rupturas sociais, através da difusão de uma idéia de homogeneidade social. Em tal perspectiva, o delinquente não tem classe social, todos os homens podem delinquir, todos podem ser condenados à prisão. Na verdade, o crime pré-existe à implementação dos mecanismos disciplinares e à criação da prisão tal como a conhecemos. No entanto, fato inegável é que a burguesia, após a obtenção de sua hegemonia no seio das relações de força do Estado, elaborou teorias sobre a pena, que, ao invés de preocuparem-se com a criminalidade em si, a instituíram teoricamente e geraram eficientes estratégias legitimadoras de dominação.

Em suma, este trabalho não teve o objetivo de elaborar uma confrontação entre análises teóricas (a de Foucault e a teoria jurídica) para decidir quem tem razão; não teve a ambição de dar a palavra aos textos foucaultianos; e também não pretendeu elucidar os diferentes momentos de uma análise, considerada como um caminho para a "verdade". Com efeito, pretendi apenas sugerir uma ampla discussão social sobre o castigo e suas funções no âmbito da sociedade capitalista, a partir da desmistificação das teorias sobre a pena. Com o abandono das ilusões jurídicas, que vêm a sanção como a neutra solução para a delinquência, devemos procurar analisar as suas dimensões materiais, como co-constitutivas das relações sociais de força. Ou seja, é necessário inserir a discussão sobre o castigo em uma problemática maior, a das relações de dominação do Estado burguês, para entender as suas efetivas funções político-ideológicas, pois só assim poder-se-á analisar e propor um exame das relações concretas entre o "delinquente" e a sociedade.



## B I B L I O G R A F I A

1. ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975.
2. BACHELARD, Gaston. "Epistemologia", Org. Dominique Lecourt, Zahar, Rio de Janeiro, 1977.
3. \_\_\_\_\_. "O Racionalismo Aplicado", Zahar, Rio de Janeiro, 1977.
4. BRUNO, Aníbal. "Direito Penal", Tomo I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967.
5. CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. "O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade", Editora Síntese, Porto Alegre, 1979.
6. CHAUI, Marilena. "Cultura e Democracia. O Discurso Competente e Outras Falas", Editora Moderna, São Paulo, 1981.
7. FOUCAULT, Michel. "A Verdade e as Formas Jurídicas", Cadernos da PUC, n.06/74, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1979.
8. \_\_\_\_\_. "Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões", Editora Vozes, Petrópolis, 1977.
9. \_\_\_\_\_. "Microfísica do Poder", Org. Roberto Machado, Editora Graal, Rio de Janeiro, 1979.
10. \_\_\_\_\_. "Arqueologia do Saber", Editora Vozes, Petrópolis, 1972.
11. FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Lições de Direito Penal", Parte Geral, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1977.
12. \_\_\_\_\_. "Direito dos Presos", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980.

13. \_\_\_\_\_. "Ciência e Experiência do Direito Penal", in Revista Penal, n.26, Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro.
14. GONZAGA, João Bernardino. "Considerações Sobre o Pensamento da Escola Positiva", in Ciência Penal, n.3, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974.
15. GUATTARI, Félix. "Revolução Molecular: Pulsações Políticas do Desejo", Editora Brasiliense, São Paulo, 1981.
16. HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal", Volume III, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1950.
17. LYRA, Roberto. "O Novo Direito Penal", Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972.
18. LYRA FILHO, Roberto. "Criminologia Dialética", Editor Borsoi, 1972.
19. MADUREIRA DE PINHO. "Medidas de Segurança", Tese, Rio de Janeiro, 1938.
20. MARQUES, José Frederico. "Curso de Direito Penal", Volume III, São Paulo, 1956.
21. NORONHA, Magalhães E.. "Direito Penal", Volume I, Editora Saraiva, 1976.
22. POULANTZAS, Nicos. "O Estado, O Poder e O Socialismo", Editora Graal, Rio de Janeiro, 1981.
23. REALE JUNIOR, Miguel. "Antijuridicidade Concreta", José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974.
24. \_\_\_\_\_. "Periculosidade e Individualização da Pena no Atual Direito Brasileiro", Inédito.
25. SOUZA, Moacyr Benedicto de. "O Problema da Unificação da Pena e da Medida de Segurança", José Bushatsky Editor, São Paulo, 1979.

26. WARAT, Luis Alberto. "Considerações Epistemológicas Sobre o Princípio da Pureza Metodica", Tese, UFSC, 1980, Inédito.
27. \_\_\_\_\_. "A Partir de Kelsen", Comunicação apresentada no II Encontro Nacional de Filosofia do Direito, Maringá, Paraná, 1980.